Vollstreckbare Ausfertigung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

Louis Wilhelms,
Referendar aus Warnkenhagen i. M.

Rostock i. M.
Winterbergs Buchdruckerei.
1929.

Referent: Professor Dr. Walsmann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern in Dankbarkeit!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552721_0149

Benutzte Literatur.

Armstroff: Die Zwangsvollstreckung. 2. Aufl. Berlin 1927.

Ehard: Der Beginn und das Ende der Zwangsvollstreckung. Diss. Würzburg. Bamberg 1912.

Falkmann: Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 2. Aufl. Berlin 1914.

Falkenstein: Die Erteilung der Vollstreckungsklausel auf Anordnung des Vorsitzenden. Diss. Rostock 1903.

Fischer: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß- und Konkursrechts. Berlin 1918.

Fitting: Der Reichszivilprozeß. 10. Aufl. Berlin 1900.

Förster-Eccius: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. I. Bd. 5. Aufl. Berlin 1887/88.

Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. I—III. 3. Aufl. Berlin 1913/1926.

Goldschmidt: Zivilprozeßrecht. Berlin 1929.

Hahn: Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung. II. Bd. 1. Abt. Berlin 1880.

Hein: Identität der Partei. I. Bd. Berlin-Leipzig 1918. II. Bd. Mannheim-Berlin-Leipzig 1925.

Hellwig-Oertmann: System des deutschen Zivilprozeßrechts. I. und II. Teil. Leipzig 1919.

Kisch: Beiträge zur Urteilslehre. München 1903.

Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. Berlin 1925.

Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig 1903.

Müller: Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts. Berlin 1907.

Neukamp: Handkommentar zur Zivilprozeßordnung. Göttingen 1900.

Petersen-Anger: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. II. Bd. 5. Aufl. Lahr 1906.

Reincke: Die deutsche Zivilprozeßordnung. 4. Aufl. Berlin 1900.

Roeger: Die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel. Diss. Leipzig 1907.

Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. Berlin 1929.

Schaeffer: Code de procédure civile in deutscher Übersetzung. Straßburg 1923.
Schmidt: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. Leipzig 1906.
Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. II. Bd. 9. Aufl. München 1905.
Sonnen: Das neue Zivilprozeßrecht. Berlin 1924.
Stein: Grundfragen der Zwangsvollstreckung. Tübingen 1913.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. I und II. 14. Aufl. Tübingen 1928/1929.
Walsmann: Die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte und das Gesamtgut. Leipzig 1904.
Weismann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. II. Bd. Stuttgart 1905.

Die bekannten Handausgaben der Zivilprozeßordnung, Entscheidungssammlungen und Zeitschriften.

Zitierweise: Armstroff S. 4 = Armstroff: Die Zwangsvollstreckung 2. Aufl. Berlin 1927 S. 4.

Inhaltsangabe.

Seite.

Teil I. Begriff und Wesen der vollstreckbaren Ausfertigung.

§ 1. Begriff und Wesen der Vollstreckungsklausel 9
§ 2. Die Form der Vollstreckungsklausel 12
§ 3. Die Herstellung der vollstreckbaren Ausfertigung 15

Teil II. Die Bedeutung der vollstreckbaren Ausfertigung.

§ 4. Die Bedeutung der vollstreckbaren Ausfertigung für die Zwangsvollstreckung im allgemeinen 19
§ 5. Die vollstreckbare Ausfertigung und das Prüfungsrecht der Vollstreckungsorgane 22
§ 6. Die Bedeutung der vollstreckbaren Ausfertigung im Verhältnis zwischen Gläubiger und Vollstreckungsorgan . . . 23
§ 7. Die Bedeutung der vollstreckbaren Ausfertigung im Verhältnis zwischen Vollstreckungsorgan und Schuldner und Dritten 27
§ 8. Die Bedeutung der vollstreckbaren Ausfertigung im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner 30

Teil III. Die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung.

§ 9. Allgemeines 34
§ 10. Die Zuständigkeit bei Urteilen 35
§ 11. Die Zuständigkeit bei den Vollstreckungstiteln des § 794 ZPO., bei Vollstreckungsurteilen und Vollstreckungsbeschlüssen 42
§ 12. Der Vorbehalt des Artikels VI § 1 Abs. 1 des Gesetzes zur Entlastung der Gerichte vom 11. März 1921 für die Länder, insbesondere die Regelung des Freistaates Meckl.-Schwerin 46
§ 13. Das Verfahren bei Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung 47
§ 14. Rechtsbehelfe des Gläubigers gegen die Ablehnung der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung 51
§ 15. Rechtsbehelfe des Schuldners gegen die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung 54

Teil IV. Die weitere vollstreckbare Ausfertigung . . . 57

Abkürzungen.

LG.	=	Landgericht.
OLG.	=	Oberlandesgericht.
OLGE.	=	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Berlin—Leipzig.
RG.	=	Reichsgericht.
RGE.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft. Berlin—Leipzig.
Seuff.	=	J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. München.
DJZ.	=	Deutsche Juristenzeitung, herausgegeben von Liebmann, Berlin.
JW.	=	Juristische Wochenschrift, herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein. Leipzig.
Z.f.Z.	=	Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, begründet von Busch. Berlin.
Meckl.Z.f.R.	=	Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, herausgegeben von Giesecke und Schlesinger. Rostock.
Arch.f.d.z.Pr.	=	Archiv für die zivilistische Praxis, herausgegeben von Heck, Rümelin, usw. Tübingen.
Gruch.	=	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot. Berlin.

Teil I.

Begriff und Wesen der vollstreckbaren Ausfertigung.

§ 1.

Begriff und Wesen der Vollstreckungsklausel.

Die gesetzliche Grundlage der Vollstreckungsklausel bildet der § 724 Abs. 1 ZPO. Nach seiner Stellung im System der Zivilprozeßordnung gehört er dem Zwangsvollstreckungsrechte an. Sein Wortlaut ist folgender:

Die Zwangsvollstreckung erfolgt auf Grund einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des Urteils (vollstreckbare Ausfertigung).

Dieser Wortlaut ist unverändert aus dem dem Reichstage vorgelegten Regierungsentwurfe vom 29. Oktober 1874 — § 612[1]) — in die Zivilprozeßordnung übernommen worden und hat auch durch die Novellengesetzgebung keine Änderung erfahren. Nach der im § 724 Abs. 1 ZPO. enthaltenen Legaldefinition ist die vollstreckbare Ausfertigung eine mit der Vollstreckungsklausel versehene Ausfertigung des Urteils. Diese gesetzliche Begriffsbestimmung wird durch die Zivilprozeßordnung selbst in § 795 und durch andere Gesetze z. B. durch die Konkursordnung in den §§ 164, 194 erweitert, indem sie auf die dort bezeichneten Schuldtitel[2]) den § 724 ZPO. für entsprechend anwendbar erklären. Zusammenfassend wird man daher als vollstreckbare Ausfertigung eine mit der Vollstreckungsklausel versehene Ausfertigung eines Schuldtitels bezeichnen müssen. In diesem Sinne wird auch im Nachfolgenden der Ausdruck „vollstreckbare Ausfertigung" gebraucht werden, wenn nicht ausdrücklich die vollstreckbare Ausfertigung eines bestimmten Schuldtitels genannt ist.

Der Begriff und das Wesen der Vollstreckungsklausel läßt sich am besten bei Betrachtung ihrer geschichtlichen Grundlage erfassen.

---

[1]) Hahn S. 78.

[2]) Schuldtitel oder Vollstreckungstitel sind Urkunden, die einen materiellen Anspruch oder eine Haftung feststellen und vom Gesetz mit Vollstreckbarkeitswirkung ausgestattet sind (Stein-Jonas II Vorb. vor § 704 S. 414). Arreste und einstweilige Verfügungen scheiden daher für die Betrachtung aus, da sie keine Vollstreckbarkeitswirkung im eigentlichen Sinne haben, sondern nur zur Sicherung der Vollstreckbarkeit eines Schuldtitels dienen. Die Gesetzgebung bedient sich zur Kennzeichnung der Schuldtitel der Wendung: „Die Zwangsvollstreckung findet statt aus . . ." Vgl. § 704, 794 ZPO., 164, 194 KO.

Das Institut der Vollstreckungsklausel gehört seinem Ursprunge nach nicht dem deutschen Rechte an, sondern ist entlehnt aus dem französischen Rechte.[3]) Nach Art. 545 des Code de procédure civile von 1806 darf kein Urteil vollstreckt werden, wenn es nicht die gleiche Eingangsformel wie die Gesetze hat und mit einem Befehl an die Justizbeamten schließt, wie dies in Art. 146 vorgeschrieben ist. Dieser Befehl, dessen Wortlaut durch Dekret von 1871 neu gefaßt ist und in seiner neuen Fassung folgendermaßen lautet:

En conséquence, le Président de la République Française mande et ordonne à tous huissiers sur ce requis de mettre ledit arrêt à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de première instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis, bildet die geschichtliche Grundlage der Vollstreckungsklausel. Der wichtigste Unterschied zwischen dem französischen Exekutionsbefehl und der deutschen Vollstreckungsklausel besteht darin, daß der Exekutionsbefehl Bestandteil des Urteils ist und das Urteil nach Art. 547 des Code de procédure civile ohne Vollstreckungsklausel vollstreckt werden kann, während die Vollstreckungsklausel keinen Bestandteil des Urteils darstellt und das Urteil, um vollstreckt werden zu können, einer besonderen Vollstreckungsklausel bedarf. In ihrer Aufgabe jedoch, das Urteil vollstreckbar (= vollstreckungsfähig) zu machen, stimmen Exekutionsbefehl und Vollstreckungsklausel überein. Diese Aufgabe erfüllt der Exekutionsbefehl durch den an die Justizbeamten und ihre Hilfsorgane gerichteten Befehl zur Zwangsvollstreckung, die Vollstreckungsklausel durch den Hinweis auf den Zweck der Erteilung der Ausfertigung des Urteils (oder Schuldtitels) an den Gläubiger, nämlich zur Zwangsvollstreckung.

Der Grund der Einführung des Institutes der Vollstreckungsklausel in die Zivilprozeßordnung war die Verselbständigung des Vollstreckungsverfahrens. Im Prozeßverfahren des gemeinen Rechts waren Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren ungetrennt und wurden von ein und demselben Richter als ein einheitliches Verfahren durchgeführt. Hatte der Richter die Entscheidung gefällt, so ordnete er durch die Verfügung: Fiat executio die Zwangsvollstreckung an und führte das Vollstreckungsverfahren durch. Wenn hierbei neue Tatsachen bekannt wurden, die eine andere Entscheidung rechtfertigten, so änderte der Richter seine frühere Entscheidung ohne weiteres diesbezüglich ab und

[3]) Jacobi in Z. f. Z. Bd. 95, S. 460, Falkmann S. 110.

verfügte zu der abgeänderten Entscheidung: Fiat executio. Die von ihm bei der Durchführung des Vollstreckungsverfahrens zugezogenen Personen waren lediglich seine Hilfsorgane.

Mit der Trennung des Vollstreckungsverfahrens vom Erkenntnisverfahren und mit der Übertragung des Vollstreckungsverfahrens auf selbständige Vollstreckungsorgane war es notwendig, für das Vollstreckungsverfahren eine eigene, bindende Grundlage zu schaffen, und so entschloß man sich, das Institut der Vollstreckungsklausel aus der Hannoverschen Prozeßordnung von 1850 und der Bayrischen Prozeßordnung von 1869, die hierin dem Code de procédure civile nachgebildet waren, in die heutige Zivilprozeßordnung zu übernehmen und eine mit der Vollstreckungsklausel versehene Ausfertigung des Vollstreckungstitels zur Grundlage des Vollstreckungsverfahrens zu erheben.

Der wesentlichste Bestandteil der Vollstreckungsklausel ist der Hinweis auf den Zweck der Erteilung der Ausfertigung des Vollstreckungstitels, nämlich zur Zwangsvollstreckung. Damit wird gleichzeitig stillschweigend die Vollstreckbarkeit des Vollstreckungstitels zum Ausdruck gebracht. Es pflegt demgemäß die Vollstreckungsklausel begrifflich als das urkundliche Zeugnis für die Vollstreckbarkeit des Vollstreckungstitels bezeichnet zu werden.[4])

Darin erschöpft sich jedoch nach der Zivilprozeßordnung der Inhalt der Vollstreckungsklausel nicht. Notwendig muß sie auch die Bezeichnung des Gläubigers, dem die vollstreckbare Ausfertigung erteilt wird, enthalten. Ist die in der Vollstreckungsklausel als Gläubiger angegebene Person eine andere als im Vollstreckungstitel, so hat die Vollstreckungsklausel funktionelle Bedeutung; sie wirkt titelübertragend. Der Bezeichnung des Schuldners in der Vollstreckungsklausel bedarf es nur dann, wenn als Vollstreckungsschuldner eine andere Person als nach dem Vollstreckungstitel in Frage kommt. Es wird dann dem Vollstreckungstitel durch die Vollstreckungsklausel eine neue Vollstreckungsrichtung verliehen. In den beiden Fällen, in denen in der Vollstreckungsklausel ein neuer Gläubiger oder Schuldner genannt ist, wirkt die Vollstreckungsklausel gewissermaßen titelersetzend; es wird ein Vollstreckungstitel für den neuen Gläubiger oder Schuldner geschaffen.[5])

Unter Berücksichtigung des Vorhergehenden muß man die obige Begriffsbestimmung der Vollstreckungsklausel dahin erweitern:

Die Vollstreckungsklausel ist ein den Vollstreckungsgläubiger, unter bestimmten Voraussetzungen auch den Vollstreckungsschuldner

---

[4]) Stein-Jonas II § 724 S. 486, Förster-Kann III § 724 S. 471.
[5]) Weismann § 131 S. 47.

bezeichnendes urkundliches Zeugnis über die Vollstreckbarkeit des Vollstreckungstitels.

§ 2.

Die Form der Vollstreckungsklausel.

Über die Form der Vollstreckungsklausel bestimmt der § 725 ZPO.: Die Vollstreckungsklausel: „Vorstehende Ausfertigung wird dem usw. (Bezeichnung der Partei) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt" ist der Ausfertigung des Urteils am Schlusse beizufügen, von dem Gerichtsschreiber — heute Urkundsbeamter der Geschäftsstelle — zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen.

Es ist streitig, ob die Worte „Vorstehende Ausfertigung . . . . erteilt" in jeder Vollstreckungsklausel enthalten sein müssen oder ob sie durch inhaltlich gleiche ersetzt werden können. Die Wissenschaft und Praxis steht fast durchweg auf dem letzteren Standpunkt.[6]) Nur vereinzelt wird eine andere Ansicht vertreten. Neukamp[7]) und Fischer[8]) sind ohne nähere Begründung der Ansicht, daß die Vollstreckungsklausel den in § 725 ZPO. aufgeführten Wortlaut enthalten müsse. Auch Falkmann[9]) steht auf ihrem Standpunkte. Er hält den Wortlaut deshalb für notwendig, weil die Gesetzgeber ihn offenbar in der Absicht vorgeschrieben hätten, um Zweifel darüber, ob ein Vermerk überhaupt als eine Vollstreckungsklausel anzusehen sei, auszuschließen. Falkenstein[10]) begründet seine die Hauptlehrmeinung ablehnende Ansicht damit, daß sonst der Gesetzgeber wohl nicht so eine bestimmte Form gewählt hätte.

Die Streitfrage, ob durch § 725 ZPO. der Wortlaut der Vollstreckungsklausel zwingend festgelegt ist oder nicht, kann nicht nach dem Gesetzeswortlaute selbst entschieden werden. Dieser läßt sowohl die Annahme einer Soll- oder Kannvorschrift zu. Weder das eine noch das andere ist aus dem Gesetze selbst mit Bestimmtheit zu ersehen. In dem ersten Teil des § 725 ZPO. von „die Vollstreckungsklausel" bis „erteilt" ist ein verkümmerter Relativsatz enthalten. Vervollständigt würde es etwa heißen: die Vollstreckungsklausel, welche lauten muß bzw. soll oder kann: „Vorstehende Ausfertigung . . . . erteilt." Entscheidend für die Frage, welche der drei Auslegungs-

[6]) Stein-Jonas II. § 725 S. 189, Förster-Kann III. § 725 S. 171, Rosenberg § 181 S. 580, Hellwig-Oertmann § 283 S. 206, vgl. auch das Beispiel bei Armstroff S. 4.

[7]) Neukamp § 725 S. 672.

[8]) Fischer § 100 S. 355.

[9]) Falkmann S. 411.

[10]) Falkenstein S. 10.

möglichkeiten die Richtige ist, muß der Wille des Gesetzgebers sein. Für diesen bietet die Begründung zum Entwurfe der Zivilprozeßordnung[11]) den wichtigsten und entscheidenden Anhaltspunkt. Es heißt dort: Die Form der Vollstreckungsklausel ist nur in ihren wesentlichen Teilen vorgeschrieben, durch welche sie die vollstreckbare Ausfertigung als solche kennzeichnet. Wenn die Gesetzgeber sich nicht dieser Ansicht hätten anschließen wollen, so hätten sie dies sicherlich dadurch zum Ausdruck gebracht, daß sie ein für allemal den Wortlaut in Form einer Mußvorschrift festgelegt hätten. Da dies nicht geschehen ist, bleiben nur die beiden Möglichkeiten übrig, in der Formvorschrift des § 725 ZPO. entweder eine Soll- oder Kannvorschrift zu erblicken. Für welche von beiden man sich entscheidet, ist rechtlich gleichgültig. M. E. ist es unter Berücksichtigung der oben angeführten Entwurfsbegründung richtig, die in Frage stehende Vorschrift lediglich als Kannvorschrift anzusehen. Die Gesetzgeber haben nur ein Beispiel geben wollen, in welche Worte man am besten die Vollstreckungsklausel einkleidet. Außerdem liegt nach dem für die Vollstreckungsklausel zugrunde liegenden Zweck kein Grund vor, daß die Vollstreckungsklausel in einer bestimmten wörtlichen Fassung erklärt wird. Es muß genügen, daß die Vollstreckungsorgane klar und deutlich erkennen, daß hier eine zu keinem Zweifel Anlaß gebende Vollstreckungsklausel vorliegt.

Die Personen, für und gegen welche die vollstreckbare Ausfertigung erteilt wird, müssen nach § 750 ZPO. in der Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sein, wenn dies nicht schon im Urteil geschehen ist. Unter einer namentlichen Bezeichnung ist eine Bezeichnung nach Namen, Stand und Wohnort zu verstehen.[12]) Als Namen kann auch ein Pseudonym gebraucht werden, wenn das Pseudonym die gebräuchliche Bezeichnung für die Person ist und keinen Anlaß zu Irrtümern gibt.[13])

Die Vollstreckungsklausel ist nach § 725 ZPO. der Ausfertigung des Urteils am Schlusse beizufügen. Nach Ansicht Förster-Kanns[14]) handelt es sich bei dieser Vorschrift nicht um eine Mußvorschrift: es genüge, wenn die Vollstreckungsklausel neben der Ausfertigung stehe. Dies ist nichtig richtig. Gegen die Ansicht Förster-Kanns spricht einerseits der zwingende Wortlaut des Gesetzes und andererseits die Erwägung, daß der Zweck dieser Bestimmung ist, den Umfang der Ausfertigung des Urteils genau zu begrenzen.

[11]) Hahn S. 434.
[12]) R. G. in. J. W. 99 S. 538 v. 22. Juni 1899.
[13]) Falkmann S. 155 L.G. Bremen vom 1. Nov. 1901 in DJZ. 05 Sp. 752.
[14]) Förster-Kann III § 725 S. 475.

Die Vollstreckungsklausel ist nach § 725 ZPO. vom Gerichtsschreiber — heute Urkundsbeamter der Geschäftsstelle — zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen. Es ist streitig, ob der Urkundsbeamte d. G. sich als solcher zu erkennen zu geben habe, also etwa N. N. Urkundsbeamter d. G. des Gerichts X zu unterzeichnen habe, oder ob seine bloße Namensunterschrift oder auch mit Hinzufügung seiner Amtsbezeichnung genüge. Das Landgericht Weimar hat sich in einer Entscheidung vom 17. Oktober 1924[15]) auf den Standpunkt gestellt, daß die Namensunterschrift auch mit der Hinzufügung „Justizobersekretär der Geschäftsstelle" nicht der gesetzlichen Vorschrift entspreche; der Gerichtsschreiber habe seiner Namensunterschrift die Bezeichnung „Gerichtsschreiber" hinzuzufügen, dies erfordere die Rechtssicherheit. Dieser Ansicht ist nicht beizutreten, sie findet auch im Gesetz keinen Anhaltspunkt. Die Rechtssicherheit kann nur dann leiden, wenn ohne die Bezeichnung „Gerichtsschreiber" der behördliche Charakter der vollstreckbaren Ausfertigung nicht genügend gewahrt würde. Diese Garantie bietet aber schon das der Namensunterschrift des „Gerichtsschreibers" beizufügende Gerichtssiegel. Ob der „Gerichtsschreiber" seinem Namen die Bezeichnung „Gerichtsschreiber" beifügt oder nicht, muß für die Außenwelt gleichgültig sein, da sie nur selten in der Lage sein wird, nachzuprüfen, ob die die Vollstreckungsklausel unterschreibende und sich als „Gerichtsschreiber" bezeichnende Person auch wirklich Gerichtsschreiber ist.

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhange, daß in Preußen durch Ausführungsverordnung vom 28. Mai 1923[16]) vorgeschrieben ist, daß der Gerichtsschreiber seinem Namen seine Amtsbezeichnung — Obersekretär — hinzuzufügen hat.

Die Bedeutung der Beifügung des Gerichtssiegels liegt darin, die Herstellung der Ausfertigung unter amtlicher Autorität nachzuweisen.[17]) Ein Siegel im technischen Sinne ist nicht erforderlich; ein solches setzt voraus, daß mit der Urkunde eine eindrucksfähige Masse verbunden wird, in welche das Siegel eingedrückt wird. Die Praxis bedient sich eines Schwarzdruckstempels. Zur Zeit des Inkrafttretens der Zivilprozeßordnung wurde ein Unterschied zwischen Siegel und Stempel wie heute nicht gemacht. Mit dem Worte „Siegel" bezeichnete man sowohl ein Siegel in technischem Sinne als auch einen Stempel. Da für die Bedeutung des Gesetzeswortlautes in erster Linie der Zeitpunkt der Entstehung des Gesetzes maßgebend ist, ist nach dem

[15]) J. W. 25 S. 845.
[16]) J. M. Bl. 1923 S. 401.
[17]) R. G. E. Bd. 46 S. 364 vom 19. April 1900.

Angeführten die Unterstempelung der Vollstreckungsklausel für rechtsgültig zu halten.

§ 3.

Die Herstellung der vollstreckbaren Ausfertigung.

Die Vollstreckungsklausel in Verbindung mit der Ausfertigung des Vollstreckungstitels bildet die vollstreckbare Ausfertigung.

Der Begriff der Ausfertigung ist kein feststehender.[18]) Das Gesetz gibt keine Definition. Der herrschende Sprachgebrauch bezeichnet die Ausfertigung als eine Urkunde, die als vollständige oder auszugsweise Abschrift einer bei den Gerichtsakten verbleibenden öffentlichen Urkunde hergestellt, mit dem Gerichtssiegel und dem Ausfertigungsvermerk versehen ist und dazu dient, die Originalurkunde im Verkehr zu ersetzen.[19]) Diese Begriffsbestimmung deckt sich nicht mit dem Wortlaute der Zivilprozeßordnung; sie ist zu eng. Bei der Ausfertigung der Zeugenladung nach § 377 ZPO. kann man nicht von einer Abschrift einer Urkunde reden, sondern hier handelt es sich um eine sog. Ausführung. Die Anordnung der Zeugenladung besteht in der Verfügung des Richters, meistens nur ein Vermerk der Art: M. M. als Zeugen zu laden. Die Ausfertigung der Zeugenladung — dieser Verfügung des Richters — enthält außer der Ladung als Zeugen neben der näheren Zeit- und Ortsangabe den Hinweis auf den Beweisbeschluß, Versäumnisfolgen usw. Es muß daher der Begriff der Ausfertigung weiter gefaßt werden. Man wird die Ausfertigung als eine urkundliche Ausführung oder Vervielfältigung einer Anordnung oder Entscheidung, die zum öffentlichen Glauben mit der Kraft der Urschrift, sei es des ganzen Inhalts oder nur eines Teiles (Auszuges) hergestellt wird, bezeichnen müssen.[20]) Für die Ausfertigung eines Vollstreckungstitels allerdings paßt die obige engere Begriffsbestimmung.

Die Ausfertigung von Urteilen geschieht nach § 317 Abs. 2 Satz 2 in der Weise, daß Tatbestand und Entscheidungsgründe weggelassen werden, es sei denn, daß eine vollständige Ausfertigung beantragt wird. Von Versäumnis- und Anerkenntnisurteilen, die nach § 313 Abs. 3 ZPO. auf die bei den Akten befindliche Urschrift oder Abschrift der Klage oder ein damit verbundenes Blatt gesetzt sind,

---

[18]) Insbesondere ist die Abgrenzung der Ausfertigung von der beglaubigten Abschrift umstritten. Josef führt in Gruch. Bd. 50 S. 634 f. aus, daß beide identisch seien. M. E. mit Unrecht, denn die Zivilprozeßordnung stellt in ihren §§ 107, 194, 204 u. a. beide einander gegenüber und bringt damit klar zum Ausdruck, daß sie nicht gleiches darstellen.

[19]) Stein-Jonas I § 170 S. 529, Förster-Kann I § 170 S. 477.

[20]) Vgl. Reincke § 170 S. 190.

wird eine Ausfertigung entweder in der eben bezeichneten Weise oder unter Benutzung der beglaubigten Abschrift der Klageschrift hergestellt.

Über die Form der Ausfertigung besteht keine gesetzliche Bestimmung. Nicht erforderlich ist, daß die Ausfertigung sich als solche ausdrücklich bezeichnet; denn auch für die Ausfertigung eines Urteils schreibt die Zivilprozeßordnung in § 317 Abs. 3 nur vor, daß sie von dem Urkundsbeamten d. G. zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen ist.

Eine Ausfertigung kann nur von einer gesetzlich dazu berufenen Person im Rahmen ihrer Amtsbefugnisse hergestellt und erteilt werden. Sie ist daher stets eine öffentliche Urkunde und genießt als solche gegenüber einer Privaturkunde einerseits den erhöhten strafrechtlichen Schutz nach § 267 StGB. und andererseits die erhöhte prozessuale Bedeutung, die sich in der Vermutung der Echtheit nach § 445 ZPO. und der erhöhten Beweiskraft nach §§ 115, 417, 418 ZPO. zeigt.

Die Herstellung der vollstreckbaren Ausfertigung von Vollstreckungstiteln geschieht in der Praxis häufig in der Weise, daß unter eine einfache Abschrift die Vollstreckungsklausel gesetzt wird.[21]) Dieses Verfahren ist ungenau. Voraussetzung der Erteilung der Vollstreckungsklausel ist das Vorliegen einer ordnungsmäßigen Ausfertigung des Vollstreckungstitels. Eine ordnungsmäßige Ausfertigung aber liegt nur dann vor, wenn ihre Übereinstimmung mit der Originalurkunde durch Unterschrift des Urkundsbeamten d. G. und Gerichtssiegel verbürgt ist (§ 317 Abs. 3 ZPO.). Richtiger wäre demnach der Weg, unter eine mit der Unterschrift des Urkundsbeamten d. G. und dem Gerichtssiegel versehene Ausfertigung des Vollstreckungstitels die Vollstreckungsklausel zu setzen und diese nochmals gemäß § 725 ZPO. mit Unterschrift des Urkundsbeamten d. G. und Gerichtssiegel zu versehen. Damit würde jedoch einem übertriebenen Formalismus das Wort geredet werden. In den Worten der Vollstreckungsklausel „Vorstehende Ausfertigung" ist gleichzeitig die Kennzeichnung der Abschrift des Vollstreckungstitels als Ausfertigung zu erblicken.[22]) Statt der Ausfertigung des Vollstreckungstitels ist auch der Vollstreckungstitel selbst zur Herstellung der vollstreckbaren Ausfertigung geeignet.[23]) Treffend bemerkt Stein, daß „die einfachste Erwägung der Logik, wie der praktischen Handlung jedem sagen müßte, daß das zu Ersetzende immer besser ist als der Ersatz und darum an seine Stelle tritt".[24])

[21]) Vgl. das z. Zt. in Mecklenburg-Schwerin vorgeschriebene Formular für die vollstreckbare Ausfertigung von Versäumnis- und Anerkennungsurteil — Z. P. Nr. 78a.

[22]) Bendix in D. J. Z. 25 Sp. 1431, Klemenz in D. J. Z. 25 Sp. 1652.

[23]) L. G. Frankfurt in J. W. 21 S. 1263 vom 16. Jan. 1920.

[24]) J. W. 21 S. 1263.

Auszufertigen und mit der Vollstreckungsklausel zu versehen ist, wenn nicht der Vollstreckungstitel selbst mit der Vollstreckungsklausel versehen wird, die Urkunde — Urteil, Vergleich usw. —, die den Vollstreckungstitel bildet. Bei den meisten Urkunden bestehen in dieser Hinsicht keine Zweifel. Wenn ein Vergleich abgeschlossen ist, so ist dieser, wenn aus einer vollstreckbaren Urkunde die Zwangsvollstreckung betrieben werden soll, diese auszufertigen und mit der Vollstreckungsklausel zu versehen. Wird in diesen auf eine andere Urkunde Bezug genommen, so ist eine beglaubigte Abschrift oder Ausfertigung dieser der Ausfertigung des Vollstreckungstitels als Anlage hinzuzufügen, wenn ohne sie die Zwangsvollstreckung nicht betrieben werden kann.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, welches Urteil auszufertigen und mit der Vollstreckungsklausel zu versehen ist, wenn ein Prozeß mehrere Instanzen durchlaufen hat und in jeder ein Urteil ergangen ist. Stein-Jonas[25]) vertreten die Ansicht, daß die vollstreckbare Ausfertigung von demjenigen Urteile zu erteilen sei, das den Schuldner zu einer Leistung verpflichtet. Das sei, wenn die höhere Instanz sich dem Erkenntnis der unteren anschließe, das letztere. Wenn jedoch das Erkenntnis der höheren Instanz von dem der unteren abweiche, müsse das Erkenntnis der höheren Instanz ausgefertigt und mit der Vollstreckungsklausel versehen werden, und gegebenenfalls sei, wenn aus dem Erkenntnis der höheren Instanz nicht ohne Heranziehung des der unteren Instanz die Zwangsvollstreckung betrieben werden könne, das letztere in die Vollstreckungsklausel aufzunehmen.[26]) Reincke[27]) meint, daß eine Ausfertigung des Urteils der unteren Instanz der vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils der höheren Instanz beizufügen sei, wenn dieses nicht die gesamte Entscheidung in sich aufgenommen habe. Auch die Praxis[28]) steht durchweg auf demselben oder gleichartigen Standpunkte. Sie erachtet es sogar für zulässig, daß bei Abweichung des Urteils der höheren Instanz das erstinstanzliche Urteil ausgefertigt und mit der Vollstreckungsklausel, in welche die Abweichung der höheren Instanz aufzunehmen sei, versehen wird.[29])

Der vorstehenden Ansicht der Wissenschaft und Praxis wird entgegengetreten. Die Vollstreckungsklausel als das Zeugnis über die Vollstreckbarkeit ist zu dem Urteil zu erteilen, das den Gläubiger berechtigt, die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Wenn das Urteil der

[25]) Stein-Jonas II § 725 S. 489.
[26]) Rosenberg § 181 S. 581, Falkmann S. 112, Goldschmidt § 82 S. 218.
[27]) Reincke § 724 (706) S. 667.
[28]) O.L.G. Köln in J. W. 19 S. 837 v. 7. Juni 1918, R. G. in J. W. 27 S. 1311 v. 23. März 27, R. G. in Gruch. Bd. 54 S. 1155 v. 7. Februar 1910.
[29]) J. W. 10 S. 610.

unteren Instanz in der höheren aufgehoben oder abgeändert wird, so kann nur das Urteil der höheren Instanz als Vollstreckungstitel in Betracht kommen, da das angefochtene und aufgehobene oder abgeänderte Urteil der unteren Instanz keine Rechtswirkungen mehr äußern, also auch den Gläubiger zur Zwangsvollstreckung nicht berechtigen kann. Wird das Urteil der unteren Instanz in der höheren bestätigt, so ist die Rechtslage folgende: Das bestätigende Urteil nimmt stillschweigend den Inhalt des bestätigten Urteils in sich auf. Letzteres kann nicht rechtswirksam und vollstreckbar werden. Diese Wirkungen knüpfen sich an das bestätigende Urteil an. Der Vollstreckungstitel ist daher nur das bestätigende Urteil. Dieses ist auszufertigen und mit der Vollstreckungsklausel zu versehen. Soweit das bestätigte Urteil für die Zwangsvollstreckung in Betracht kommt, wird der Beweis seines Inhaltes durch eine beglaubigte Abschrift oder Ausfertigung geführt.[30])

Das Gleiche gilt, wenn auf ein Versäumnisurteil im Einspruchsverfahren ein neues Versäumnisurteil oder kontradiktorisches Urteil ergeht.

Ist ein Urteil eines ausländischen Gerichtes nach § 722 ZPO. durch Vollstreckungsurteil oder ein Schiedsspruch nach § 1042 ZPO. durch Vollstreckungsbeschluß für vollstreckbar erklärt, so bildet das Vollstreckungsurteil bezw. der Vollstreckungsbeschluß den Vollstreckungstitel. Diese sind daher auszufertigen und mit der Vollstreckungsklausel zu versehen, nicht das ausländische Urteil oder der Schiedsspruch.[31]) Soweit der Inhalt dieser für die Zwangsvollstreckung in Betracht kommt, wird er auch hier durch eine beglaubigte Abschrift oder Ausfertigung bewiesen.

---

[30]) Weismann § 131 S. 43.
[31]) Francke in Z. f. Z. Bd. 8 S. 10 ff.

Teil II.

Die Bedeutung der vollstreckbaren Ausfertigung.

§ 4.

Die Bedeutung der vollstreckbaren Ausfertigung für die Zwangsvollstreckung im allgemeinen.

Die Bedeutung der vollstreckbaren Ausfertigung für die Zwangsvollstreckung im allgemeinen zeigt sich in ihrem Verhältnis zu dem Vollstreckungstitel, von dem sie erteilt ist. Die gesetzliche Normierung dieses Verhältnisses bezüglich eines Urteils und einer von ihm erteilten vollstreckbaren Ausfertigung, die gleicherweise für das Verhältnis der übrigen Vollstreckungstitel zu den von ihnen erteilten vollstreckbaren Ausfertigungen gilt, enthalten die §§ 704 Abs. 1 und 724 Abs. 1 ZPO. Es heißt dort:

§ 704 Abs. 1: Die Zwangsvollstreckung findet statt aus Endurteilen, welche rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt sind.

§ 724 Abs. 1: Die Zwangsvollstreckung erfolgt auf Grund einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des Urteils (vollstreckbare Ausfertigung).

Wenn man den Wortlaut dieser beiden Gesetzesbestimmungen miteinander vergleicht, so ergibt sich sich in gewisser Weise eine Übereinstimmung; beide enthalten Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung. Sie besagen jedoch dabei nicht dasselbe, sondern ihre Bedeutung ist eine verschiedene. Beide Bestimmungen stehen in einem Ergänzungsverhältnis, die erstere wird stillschweigend von der anderen mit einbegriffen und umgekehrt. Zusammenfassend könnte man sagen: die Zwangsvollstreckung, die auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung erfolgt, findet statt aus Endurteilen, oder die Zwangsvollstreckung, die aus Endurteilen stattfindet, erfolgt auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung.

Der Ausdruck „die Zwangsvollstreckung erfolgt auf Grund" in § 724 Abs. 1 deutet bei rein grammatikalischer Auslegung auf ein Tätigsein oder Tätigwerden hin. Statt dessen hätte es auch heißen können: die Zwangsvollstreckung wird betrieben auf Grund . . . . . In dieser Statuierung der Voraussetzung der Betätigung der Zwangsvollstreckung liegt die Bedeutung des § 724 Abs. 1. Demgegenüber

enthält der § 701 Abs. 1 die Voraussetzung der Zwangsvollstreckung überhaupt. Zum Vergleich läßt sich hierbei die Eintragung ins Grundbuch heranziehen. Voraussetzung der Eintragung ins Grundbuch sind nach §§ 13 und 19 der Grundbuchordnung ein Antrag und die Eintragungsbewilligung desjenigen, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird. Die Eintragungshandlung selbst ist nach § 29 der Grundbuchordnung (allerdings nur Ordnungsvorschrift) davon abhängig, daß die Eintragungsbewilligung vor dem Grundbuchbeamten zu Protokoll erklärt oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird, oder mit anderen Worten, daß die Eintragungsbewilligung in der bezeichneten Weise formalisiert wird. Die §§ 13, 19 a. a. O. enthalten demnach die materiellen (nicht materiellrechtlichen) Voraussetzungen, der § 29 a. a. O. die formelle Voraussetzung der Eintragung. Ebenso liegt es im Verhältnis des § 701 Abs. 1 und des § 724 Abs. 1 ZPO. Der erstere enthält die materielle Voraussetzung der Zwangsvollstreckung, der letztere die formelle.

Diese Ansicht wird auch überwiegend von der Wissenschaft vertreten, so insbesondere von Stein-Jonas,[1]) Förster-Kann,[2]) Rosenberg,[3]) Walsmann,[4]) Schmidt,[5]) Kleinfeller.[6]) Besonders deutlich und klar bringt Hellwig-Oertmann[7]) das Verhältnis zwischen dem Vollstreckungstitel und der von ihm erteilten vollstreckbaren Ausfertigung in der fast formelhaft klingenden Gegenüberstellung zum Ausdruck: „Sachliches, materielles Erfordernis ist der Titel und nur er; Erfordernis der tatsächlichen Ausübung umgekehrt die vollstreckbare Ausfertigung und nur sie."

Demgegenüber behauptet Müller,[8]) daß auch dem Vollstreckungstitel formelle Bedeutung für die Zwangsvollstreckung beizumessen sei. Die rechtsgültige Existenz des Vollstreckungstitels sei nicht allein sachliche Voraussetzung für die Entstehung des Vollstreckungsrechtes, sondern zugleich unerläßliche formelle Grundlage für das Einschreiten der Vollstreckungsbehörden. Abgesehen davon, daß eine derartige Auffassung schon mit dem Wortlaute des § 724 ZPO. nicht vereinbar ist, da nach ihm die Voraussetzung des Vollstreckungsverfahrens lediglich eine vollstreckbare Ausfertigung bildet, ist sie aber auch aus dem Grunde

[1]) Stein-Jonas II, Vorbem. vor § 704 S. 414.
[2]) Förster-Kann III § 724 S. 472.
[3]) Rosenberg § 181 S. 581.
[4]) Walsmann in Z. f. Z. Bd. 54 S. 210.
[5]) Schmidt § 140 S. 895.
[6]) Kleinfeller § 146 S. 613.
[7]) Hellwig-Oertmann II, § 288 S. 206.
[8]) Müller S. 34.

abzulehnen, weil nach ihr ein Prüfungsrecht bezw. eine Prüfungspflicht für die Vollstreckungsbehörden bezüglich der Existenz des Vollstreckungstitels bestehen müßte. Denn wenn Voraussetzung des Einschreitens der Vollstreckungsbehörden auch die Existenz des Vollstreckungstitels bilden würde, so würde daraus folgen, daß dann auch die Vollstreckungsbehörden die Existenz des Vollstreckungstitels nachzuprüfen hätten. Ein solches Prüfungsrecht der Vollstreckungsorgane besteht aber nicht; das Nähere hierüber wird im nächsten Paragraphen dargelegt werden.

Abzulehnen ist auch die Ansicht Heins,[9]) der nicht den Vollstreckungstitel sondern die vollstreckbare Ausfertigung als Trägerin der Zwangsvollstreckung ansieht. Er begründet diese Ansicht damit, daß „nach dem System des Vollstreckungsrechtes das Dasein einer formgültigen vollstreckbaren Ausfertigung die notwendige und zureichende Grundlage des Zwangszugriffes bildet". Letzteres wird auch von der Gegenmeinung nicht bestritten und ist als richtig anzuerkennen. Die Grundlage des Zwangszugriffes bildet eine formgültige vollstreckbare Ausfertigung. Der Zwangszugriff stellt aber den wichtigsten Teil des Vollstreckungsbetriebes dar und ist in weiterem Sinne mit diesem identisch. Hein[10]) selbst führt aus, daß der Vollstreckungsbetrieb von dem Dasein der vollstreckbaren Ausfertigung abhängt. Daraus folgt, daß dann auch der Zwangszugriff von dem Vorhandensein der vollstreckbaren Ausfertigung abhängt. Zwangsvollstreckung (Zwangsvollstreckungsrecht) und Zwangsvollstreckungsbetrieb sind aber etwas verschiedenes. Zum Vollstreckungsrechte gehört insbesondere der Anspruch des Gläubigers gegen den Staat auf den Vollstreckungsbetrieb. Dieser Anspruch des Gläubigers resultiert jedoch nicht aus der vollstreckbaren Ausfertigung, er entsteht mit dem Vollstreckungstitel, hat also diesen zur Voraussetzung. Die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung ist selbst Gegenstand der Geltendmachung des Vollstreckungsanspruchs des Gläubigers. Da der Vollstreckungsanspruch des Gläubigers Teil des Vollstreckungsrechtes ist, so folgt hieraus und aus dem Vorhergehenden, daß die vollstreckbare Ausfertigung nicht als Trägerin der Zwangsvollstreckung schlechthin angesehen werden kann. Durch die Argumentation Heins kann somit die Richtigkeit der oben entwickelten Ansicht, nach der Trägerin der Zwangsvollstreckung der Vollstreckungstitel, Trägerin des Zwangsvollstreckungsverfahrens die vollstreckbare Ausfertigung ist, nicht in Frage gestellt werden.

---

[9]) Hein I S. 116/121.
[10]) Hein I S. 120.

§ 5.

Die vollstreckbare Ausfertigung und das Prüfungsrecht der Vollstreckungsorgane.

In der vollstreckbaren Ausfertigung ist der Vollstreckungstitel derart verkörpert, daß es für den Beginn und die Durchführung des Zwangsvollstreckungsverfahrens lediglich des Vorhandenseins einer ordnungsmäßigen vollstreckbaren Ausfertigung bedarf. Aus dieser Bedeutung der vollstreckbaren Ausfertigung für das Vollstreckungsverfahren ergibt sich die Beantwortung der Frage nach dem Prüfungsrecht der Vollstreckungsorgane hinsichtlich der Existenz des Vollstreckungstitels. Ein solches Prüfungsrecht ist entgegen dem französischen Rechte[11]) nach dem Rechte der Zivilprozeßordnung zu verneinen. Dort hat der Exekutionsbefehl lediglich die Bedeutung, die Urteilsausfertigung äußerlich als Vollstreckungstitel zu kennzeichnen. Grundlage des Vollstreckungsverfahrens aber ist nicht diese Urteilsausfertigung, sondern das Urteil selbst. Dies folgt daraus, daß nach dem Art. 547 und 551 des Code de procédure civile das Urteil schon mit seinem Erlasse ohne weiteres vollstreckbar ist und lediglich das Vorhandensein des Vollstreckungstitels zum Beginne und der Durchführung des Vollstreckungsverfahrens genügt. Der Vollstreckungstitel ist somit nach französischem Rechte formelle Voraussetzung des Vollstreckungsverfahrens und muß daher dem Prüfungsrechte der Vollstreckungsorgane unterliegen.

Im deutschen Recht hat dagegen nur die vollstreckbare Ausfertigung des Vollstreckungstitels formelle Bedeutung für das Vollstreckungsverfahren, nicht der Vollstreckungstitel selbst. Die Prüfung der Existenz des Vollstreckungstitels ist deshalb hier nicht Aufgabe der Vollstreckungsorgane[12]). Sie findet in einem besonderen Verfahren durch die für die Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen zuständigen Organe statt.

Das Oberlandesgericht Rostock hat allerdings in einer Entscheidung vom 3. April 1914[13]) ein Prüfungsrecht der Vollstreckungsorgane insoweit angenommen, als sie ein aus der Urkunde selbst ersichtliches Fehlen des Titels zu berücksichtigen hätten. Es ist nicht einzusehen, wie aus der Urkunde selbst das Fehlen des Titels erkennbar sein soll; es kann höchstens ein derartiger Schluß naheliegen. Wenn

---

[11]) Falkmann S. 110, Hahn S. 433.

[12]) Stein-Jonas II § 724 S. 486, Förster-Kann III § 724 S. 172, Rosenberg § 181 S. 581, Hellwig-Oertmann II § 288 S. 206/207.

[13]) O. L. G. E. Bd. 31 S. 95.

in dem vom Oberlandesgerichte entschiedenen Falle in der vollstreckbaren Ausfertigung bezüglich der Ausfertigung des Vergleiches ein Vermerk über Verlesung und Genehmigung fehlte, so lag allerdings der Schluß nahe, daß auch in dem Vergleichsprotokolle dieser Vermerk fehlte; aus der vollstreckbaren Ausfertigung selbst aber ging das Fehlen des Vermerkes nicht hervor. Da zu einer vollstreckbaren Ausfertigung aber auch die vollständige Ausfertigung des Vollstreckungstitels gehört, so war im vorliegenden Falle eine ordnungsmäßige vollstreckbare Ausfertigung überhaupt nicht vorhanden. Die formell erforderliche Voraussetzung des Vollstreckungsverfahrens war nicht gegeben. Aus diesem Grunde allein war im vorliegenden Falle das Zwangsversteigerungsverfahren aufzuheben. Die Ansicht des Oberlandesgerichts Rostock ist daher abzulehnen und hat auch in Wissenschaft und Praxis keine Anerkennung gefunden.

Die Vollstreckungsorgane haben lediglich das Vorhandensein einer ordnungsmäßigen vollstreckbaren Ausfertigung als der formellen Voraussetzung des Vollstreckungsverfahrens nachzuprüfen. Diese Prüfung hat sich in zweifacher Richtung zu erstrecken: erstens ob eine ordnungsmäßige Ausfertigung des Vollstreckungstitels vorliegt, und zweitens ob eine ordnungsmäßige Vollstreckungsklausel gegeben ist, insbesondere ob der Formvorschrift des § 725 ZPO. genügt ist. Kommt das Vollstreckungsorgan zu einem derartigen Ergebnis, so hat es die Durchführung des Vollstreckungsverfahrens zu versagen, andernfalls kann und muß es zur Zwangsvollstreckung schreiten.

§ 6.

Die Bedeutung der vollstreckbaren Ausfertigung im Verhältnis zwischen Gläubiger und Vollstreckungsorgan.

Die vollstreckbare Ausfertigung wird dem Gläubigers zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt. Vom Willen des Gläubigers hängt es ab, ob das Vollstreckungsverfahren eingeleitet wird oder nicht. Entscheidet er sich für das erstere, so hat er sich an das zuständige Vollstreckungsorgan zu wenden, um es zu veranlassen, die Zwangsvollstreckung vorzunehmen. Die Zivilprozeßordnung spricht hierbei von einem Auftrage zur Zwangsvollstreckung und einer Beauftragung des Vollstreckungsorgans. Ausdrücklich geschieht dies allerdings nur im Verhältnis zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher im § 754 ZPO. Aus der Stellung des § 754 ZPO. unter den allgemeinen Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung und aus der Tatsache, daß eine entsprechende Norm im Verhältnis zwischen Gläubiger und den anderen

Vollstreckungsorganen fehlt, ist zu schließen, daß der § 754 ZPO. im Verhältnis vom Gläubiger zu allen Vollstreckungsorganen gilt.

Die Ausdrücke „Auftrag" und „Beauftragung" in § 754 ZPO. sind irreführend. Sie lassen darauf schließen, daß das Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Gerichtsvollzieher ein zivilrechtliches, nach dem über den Auftrag geltenden Vorschriften des BGB. zu beurteilendes ist. So war auch die ältere Auffassung — Mandatstheorie —, die insbesondere von Falkmann[14]) und Stein[15]) vertreten wird. Sie hat sich vor allem auf Grund des Plenarbeschlusses des Reichsgerichts vom 10. Juni 1886[16]) herausgebildet und insbesondere für die Haftung des Gerichtsvollziehers (Vollstreckungsorgans) bei pflichtwidrigem Verhalten die Grundsätze über den Auftrag — §§ 662 ff. BGB. — für anwendbar erklärt. Das Reichsgericht hat später seine Auffassung revidiert und unter ausdrücklicher Verwerfung seines früheren Standpunktes in der Plenarentscheidung vom 2. Juni 1913[17]) das Verhältnis zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher als ein publizistisches beurteilt, auf das, was die Haftung des Gerichtsvollziehers anbetrifft, lediglich das öffentliche Recht über die Beamtenhaftung Anwendung zu finden habe. Der Gerichtsvollzieher wird nicht mehr als ein zivilrechtlich Beauftragter des Gläubigers angesehen, sondern als Beamter, der auf Grund der seinem Amte zugehörigen Amtsgewalt tätig wird. Dieser Auffassung hat sich die neue Literatur angeschlossen.[18]) Eine Zwischenstellung nehmen Seuffert[19]) und Weismann[20]) ein. Sie fassen zwar auch den Gerichtsvollzieher als Beamten auf, wollen jedoch in dem Verhältnis zwischen ihm und dem Gläubiger neben dem öffentlich-rechtlichen Verhältnis ein zivilrechtliches Vertragsverhältnis erblicken.

Als richtig kann nur die Auffassung der neueren Literatur anerkannt werden. Durch die Person des Gerichtsvollziehers wird im Vollstreckungsverfahren der Staat als Träger der Zwangsgewalt tätig. Nicht die Person des Gerichtsvollziehers als solche, sondern der Staat als Hoheitsperson tritt durch den Gerichtsvollzieher zu dem Gläubiger in ein Rechtsverhältnis. Überall, wo der Staat als Hoheitsperson dem einzelnen gegenübersteht oder zu ihm in ein Rechtsverhältnis tritt,

[14]) Falkmann S. 285.
[15]) Stein S. 115/116.
[16]) R. G. E. Bd. 16 S. 396 ff.
[17]) R. G. E. Bd. 82 S. 85 ff.
[18]) Stein-Jonas II § 753 S. 544, Förster-Kann III, § 753 S. 530, Rosenberg § 25 S. 67.
[19]) Seuffert § 753 S. 394.
[20]) Weismann § 139 S. 80.

sind zivilrechtliche Grundsätze unanwendbar. Sie sind mit der Stellung des Staates als Hoheitsperson unvereinbar. Die Beziehung zwischen dem Gläubiger und dem Gerichtsvollzieher kann daher nur als eine öffentlich-rechtliche gedacht werden. Daraus folgt, daß auch die Haftung des Gerichtsvollziehers für pflichtwidriges Verhalten nach den Grundsätzen über die Haftung der Beamten bei Ausübung ihrer Amtsgewalt zu beurteilen ist; denn der Gerichtsvollzieher wird tätig auf Grund seiner öffentlich-rechtlichen Amtsbefugnis und Amtspflicht. Für einen „Auftrag" zur Zwangsvollstreckung und einer „Beauftragung" des Gerichtsvollziehers im zivilrechtlichen Sinne ist daher nach dem Vorhergehenden kein Raum.

Die Ausdrücke „Auftrag" und „Beauftragung" in § 754 ZPO. würden daher besser durch „Antrag" und „Ermächtigung" ersetzt. Der Auftrag des Gläubigers kann nach § 751 ZPO. schriftlich oder mündlich erfolgen. Er ist nicht an eine Form gebunden, wenn man nicht in dem Erfordernis der gleichzeitigen Übergabe der vollstreckbaren Ausfertigung eine gewisse Formvorschrift erblicken will. Er kann daher auch durch schlüssige Handlungen erfolgen. Ob in der Übersendung der vollstreckbaren Ausfertigung allein schon ein wirksamer Antrag gesehen werden kann, was Hahn [21]) verneint, ist nach den ganzen Umständen zu beurteilen. Erst wenn diese für den Gerichtsvollzieher keinen anderen Schluß zulassen als den, daß der Gläubiger die Zwangsvollstreckung beantrage, wird man von einem gültigen Auftrage sprechen können.

Auch an eine Frist ist der Auftrag nicht gebunden. Zwar verjährt nach § 218 BGB. der rechtskräftig festgestellte Anspruch in 30 Jahren, die Verjährung aber ist ein Einredetatbestand und kann deswegen auf das Vollstreckungsverfahren nur Einfluß haben, wenn sie vom Schuldner geltend gemacht wird.

Der Antrag des Gläubigers allein bildet für den Gerichtsvollzieher nicht die einzige Voraussetzung seines Tätigwerdens. Hinzukommen muß die Übergabe der vollstreckbaren Ausfertigung. Durch den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung legitimiert sich der Gläubiger dem Vollstreckungsorgan gegenüber als berechtigt, den Vollstreckungsbetrieb zu verlangen.

Das Vollstreckungsorgan soll grundsätzlich nur tätig werden, wenn ein Auftrag des nach der Vollstreckungsklausel berechtigten Gläubigers vorliegt. Die Nachprüfung der Identität des Auftrag-

[21]) Hahn in Gruch. Bd. 31 S. 331.

gebers mit dem bezeichneten Gläubiger wird für das Vollstreckungsorgan oft sehr schwierig, wenn nicht unmöglich sein. Zu welchen Unzuträglichkeiten würde es führen, wenn dem Vollstreckungsorgan die vollstreckbare Ausfertigung übersandt und der Auftrag, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, schriftlich gestellt würde, wenn nun das Vollstreckungsorgan zu prüfen hätte, ob der Auftraggeber auch mit dem in Wahrheit Berechtigten identisch sei. Um das Vollstreckungsorgan dieser Nachprüfung zu entheben, ist der vollstreckbaren Ausfertigung Legitimationskraft dahingehend verliehen, daß der Inhaber der vollstreckbaren Ausfertigung gleichzeitig als Berechtigter, den Vollstreckungsbetrieb zu verlangen, anzusehen ist. Diese Ansicht steht auch mit dem Wortlaute des § 754 ZPO. keineswegs in Widerspruch; denn es ist dort nicht ausdrücklich erwähnt, daß der Auftrag nur von dem Gläubiger erteilt werden könnte.

Die Wirkung der Legitimationskraft im Verhältnis zwischen Gläubiger und Vollstreckungsorgan hat eine doppelte Richtung. Einmal soll die vollstreckbare Ausfertigung den Auftraggeber als Berechtigten, den Vollstreckungsbetrieb zu verlangen, dem Vollstreckungsorgan gegenüber legitimieren — diese Seite der Legitimationskraft ist im Vorhergehenden behandelt —, andererseits soll sie auch das Vollstreckungsorgan als zum Vollstreckungsbetriebe berechtigt dem Gläubiger gegenüber legitimieren. Zwar steht dem Vollstreckungsorgan aus dem Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung dem Gläubiger keine Rechtsvermutung für den Auftrag zur Seite;[22]) wenn aber die vollstreckbare Ausfertigung dem Vollstreckungsorgan erteilt ist, so hat dies zur Wirkung, daß das Vollstreckungsorgan das Verfahren mit Wirkung gegen den nach der Vollstreckungsklausel berechtigten Gläubiger durchführen kann. Dabei hat es den Willen des Auftraggebers so weit zu berücksichtigen, als er nicht ausdrücklich vom Gesetze für unbeachtlich erklärt und mit dem Verfahren vereinbar ist. Nach § 754 ZPO. ist der Gerichtsvollzieher ermächtigt, die Zahlungen und sonstigen Leistungen in Empfang zu nehmen, über das Empfangene wirksam zu quittieren und dem Schuldner, wenn dieser seiner Verbindlichkeit genügt hat, die vollstreckbare Ausfertigung auszuliefern. In dem Umfange dieser Legalvollmacht ist der entgegenstehende Wille des Auftraggebers unbeachtlich. Das Vollstreckungsorgan könnte sich auch dem Gläubiger gegenüber, wenn dieser mit dem Auftraggeber nicht identisch ist, stets auf die Legitimationskraft der vollstreckbaren Aus-

[22]) Stein-Jonas II § 754 S. 545.

fertigung, die aus dem Besitze der vollstreckbaren Ausfertigung resultiert, zu seinen Gunsten berufen.

§ 7.

Die Bedeutung der vollstreckbaren Ausfertigung im Verhältnis zwischen Vollstreckungsorgan und Schuldner und Dritten.

Die gesetzliche Grundlage für die Regelung der bei der Zwangsvollstreckung in Frage kommenden Rechtsbezeichnung zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem Schuldner oder einem Dritten bilden die §§ 755, 757 ZPO. Hiernach ist der Gerichtsvollzieher durch den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung dem Schuldner oder Dritten gegenüber ermächtigt, die Zwangsvollstreckung und die in § 754 ZPO. aufgeführten Handlungen vorzunehmen und nach Empfang der Leistung dem Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung auszuliefern bezw. bei Teilleistung diese auf der vollstreckbaren Ausfertigung zu vermerken. Die Bedeutung des § 755 ZPO. liegt in der Statuierung einer Rechtsvorschrift, die an den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung die Rechtswirkung knüpft, daß der besitzende Gerichtsvollzieher die in § 754 genannten Handlungen mit Wirkung für den wirklich Berechtigten vornehmen darf. Diese Rechtswirkung besteht sowohl zugunsten als auch zu Ungunsten des Schuldners oder Dritten. Weismann[23]) will die Wirkung zugunsten des Schuldners insoweit einschränken, als der Schuldner dem Gläubiger gegenüber bei Kollusion, d. h. bei geheimem, unerlaubtem Einvernehmen mit dem Vollstreckungsorgan, sich nicht auf die Rechtsvorschrift des § 755 berufen kann. Der Ansicht Weismanns wird nicht beigetreten. Aus der Tatsache, daß in die Zivilprozeßordnung eine dem § 169 BGB. entsprechende Vorschrift nicht aufgenommen ist, und dem Umstande, daß eine analoge Anwendung des § 169 BGB. wegen der öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehung des Prozeßverfahrens ohne einen Anhaltspunkt im Gesetze oder zwingende Gründe nicht geboten ist, muß man folgern, daß Schuldner oder Dritte auch dann durch die Rechtsvorschrift des § 755 ZPO. gedeckt sind, wenn sie von dem Mangel des Auftrages Kenntnis hatten.[24]) Die Wirkung der Vorschrift des § 755 ZPO. auch zu Ungunsten des Schuldners ist bisher nur von Schmidt[25]) und Kleinfeller[26]) angenommen worden. Im übrigen ist sie durchweg ver-

[23]) Weismann § 139 S. 82.
[24]) Stein-Jonas II § 755 S. 547, Förster-Kann III § 755 S. 531.
[25]) Schmidt § 190 S. 899.
[26]) Kleinfeller § 150 S. 632.

neint worden.[27]) Wenn der Gläubiger keinen bzw. einen beschränkten Auftrag zur Zwangsvollstreckung habe, so solle der Schuldner bzw. der Dritte berechtigt sein, das Nichtvorliegen bzw. die Beschränkung des Auftrages im Wege der Erinnerung nach § 766 ZPO. geltend zu machen. Diese Ansicht ist mit dem im öffentlichen Rechte geltenden Grundsatz der Vermutung des Staatshoheitsaktes unvereinbar. Wenn ein Träger der Staatsgewalt auf Grund einer nichtigen Voraussetzung tätig wird, so ist zunächst die von ihm vorgenommene Handlung voll rechtsgültig und rechtswirksam. Es muß dann in einem besonderen Verfahren die Nichtigkeit der Voraussetzung dargetan werden. Aus der Anwendung dieser öffentlich-rechtlichen Grundsätze, die sich daraus ergibt, daß der Gerichtsvollzieher als Träger der staatlichen Zwangsgewalt tätig wird, in Verbindung mit dem Wortlaute des § 755 ZPO. folgt zunächst die volle Rechtsgültigkeit und Rechtswirksamkeit der Handlung des Gerichtsvollziehers. Ein Weg, die Nichtigkeit des Handelns des Gerichtsvollziehers darzutun, ist hierbei nicht vorgesehen. Wenn der Gerichtsvollzieher ohne einen gültigen Auftrag zur Zwangsvollstreckung schreitet, so sind seine Handlungen in Wirklichkeit nicht Vollstreckungshandlungen. Es liegt überhaupt keine Zwangsvollstreckung vor. Die Erinnerung des § 766 ZPO. ist aber nach seinem Wortlaute nur in Bezug auf Mängel in der Art und Weise und dem Verfahren der Zwangsvollstreckung gegeben. Sie ist daher zur Geltendmachung der Nichtigkeit der Zwangsvollstreckung als solche ungeeignet.

Der Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung als solcher legitimiert den Gerichtsvollzieher dem Schuldner und Dritten gegenüber, die Zwangsvollstreckung vorzunehmen. Dabei ist nicht erforderlich, daß der Gerichtsvollzieher sich als Besitzer der vollstreckbaren Ausfertigung legitimiert. Der § 755 ZPO. enthält insofern eine Schutzvorschrift für den Schuldner und den Dritten. Diese können verlangen, daß der Gerichtsvollzieher die vollstreckbare Ausfertigung vorzeigt. Wird ihnen auf ihr Verlangen die vollstreckbare Ausfertigung nicht vorgelegt, so können sie der Zwangsvollstreckung Widerstand entgegensetzen. Verlangen sie die Vorlegung nicht, so schadet dies ihnen andrerseits nicht, wenn nur der Gerichtsvollzieher im Besitze der vollstreckbaren Ausfertigung ist.

Nach Empfang der Leistung hat der Gerichtsvollzieher nach § 756 ZPO. dem Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung auszuliefern, bezw. bei Teilleistung diese auf der vollstreckbaren Ausfertigung zu

[27]) Stein-Jonas II § 755 S. 531, Förster-Kann III § 755 S. 531.

vermerken. Der Gerichtsvollzieher hat also vor der Auslieferung der vollstreckbaren Ausfertigung genau zu prüfen, ob die dargebrachte bezw. erzwungene Leistung der in der Ausfertigung des Vollstreckungstitels aufgeführten entspricht. Hierzu gehören auch, wie aus § 795 a ZPO. hervorgeht, die Kosten, wenn der Kostenfestsetzungsbeschluß auf das Urteil gemäß § 105 ZPO. gesetzt ist. Die Bedeutung der Auslieferung der vollstreckbaren Ausfertigung liegt in der Sicherung des Schuldners.[28]) Bei Nichtaushändigung besteht für den Schuldner die Gefahr, daß zweimal auf Grund derselben vollstreckbaren Ausfertigung die Zwangsvollstreckung betrieben wird. Diese Gefahr wächst mit der zeitlichen Entfernung von dem ersten Vollstreckungsverfahren. Es kann dem Schuldner nicht zugemutet werden, sich etwaige Beweise der Erfüllung der Schuld bis zur Verjährung des Anspruches aufzuheben (bei Urteilen nach § 218 BGB. 30 Jahre). Besonders groß ist die Gefahr der nochmaligen Leistung aus dem Vermögen des Schuldners bei Rechtsnachfolge in sein Vermögen. Wie soll der Rechtsnachfolger den Beweis der Erfüllung der Schuld bringen, wenn etwa 25 Jahre seit Erfüllung der Schuld verstrichen sind und er nie von der Schuld Kenntnis hatte? Es wird ihm tatsächlich unmöglich sein.

Der Anspruch des Schuldners auf Aushändigung der vollstreckbaren Ausfertigung ist kein materiell-rechtlicher, sondern ein prozeßrechtlicher. Daraus folgt, daß der Anspruch gegen den Gerichtsvollzieher nicht im Wege einer Klage geltend gemacht werden kann.[29]) Da die Aushändigung der vollstreckbaren Ausfertigung eine zum Vollstreckungsverfahren gehörige Handlung darstellt und Mängel im Vollstreckungsverfahren nach § 766 ZPO. im Wege der Erinnerung gerügt werden, muß der Schuldner, wenn ihm die vollstreckbare Ausfertigung nach Erfüllung seiner Schuld nicht ausgehändigt wird, beim Vollstreckungsgerichte die Erinnerung einlegen, um auf diese Weise den Gerichtsvollzieher zur Herausgabe zu zwingen.

Den Anspruch auf die vollstreckbare Ausfertigung hat nach § 757 ZPO. nur der Schuldner; ob er selbst die Leistung erbringt oder nicht, ist gleichgültig. Die Ansicht Förster-Kanns,[30]) der den Anspruch auf die vollstreckbare Ausfertigung auch dem Dritten, der die Leistung erbringt, geben will, ist daher abzulehnen. Schuldner ist bei einer Gesamtschuld die Gesamtheit der Schuldner. An alle gemeinsam hat

[28]) Hahn S. 815, O.L.G. Naumburg in O.L.G.E. Bd. 29 S. 174 vom 15. Okt. 1913.

[29]) Förster-Kann III § 757 S. 534, Seuffert § 757 S. 368, Weismann § 139 S. 82.

[30]) Förster-Kann III § 757 S. 534.

daher die Aushändigung der vollstreckbaren Ausfertigung zu erfolgen.[31]) Kann dies nicht geschehen, etwa weil der eine oder andere sich im Auslande aufhält oder verschollen ist, so hat der Gerichtsvollzieher die vollstreckbare Ausfertigung zu hinterlegen oder bis zur Behebung des Mangels bei seinen Handakten zu belassen. Wenn bei einer anteiligen Haftung mehrerer Schuldner nur eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt ist, so ist die Aushändigung tatsächlich unmöglich, da jeder Schuldner nur einen Anspruch auf Aushändigung einer seiner Teilleistung entsprechenden vollstreckbaren Ausfertigung hat. In diesem Falle würde auch die Hinterlegung nicht zum Ziele führen. Der Gerichtsvollzieher hat daher die Teilleistung auf der vollstreckbaren Ausfertigung zu vermerken und letztere bei seinen Handakten zu belassen.

Wird nach Empfang der Leistung dem Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung nicht ausgehändigt, so muß der Gerichtsvollzieher sie bei seinen Handakten behalten, um jederzeit die Aushändigung nachholen zu können. Auf keinen Fall darf er die vollstreckbare Ausfertigung dem Gläubiger zurückgeben. Eine analoge Anwendung des § 667 BGB. ist ausgeschlossen, da, wie schon oben ausgeführt, kein ziviles Auftragsverhältnis zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher besteht.

§ 8.

Die Bedeutung der vollstreckbaren Ausfertigung im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner.

Die vollstreckbare Ausfertigung ist die Verkörperung des Vollstreckungsanspruches des Gläubigers gegen den Staat. Der Anspruchsgegner, der Staat, selbst bezeugt in ihr das Bestehen dieses Anspruches gegen ihn. Lediglich dieser Anspruch bildet den Gegenstand der vollstreckbaren Ausfertigung. Unberührt bleibt die Frage des Bestehens des Anspruchs des Gläubigers gegen den Schuldner. Ebenso unberührt bleibt auch beim Gläubigerwechsel die Frage der materiell-rechtlichen Grundlage des Gläubigerwechsels. Ist in der Vollstreckungsklausel ein anderer Gläubiger genannt als in der Ausfertigung des Vollstreckungstitels, so bekundet die vollstreckbare Ausfertigung hierbei nur, daß der Vollstreckungsanspruch des früheren Gläubigers auf den neuen Gläubiger übergegangenen ist, keineswegs jedoch, daß dieser Übergang dem materiellen Rechte entspreche. Mag eine Abtretung des materiellen Anspruches überhaupt nicht geschehen sein, mag die

[31]) Förster-Kann III § 757 S. 534; a. M. Stein-Jonas II § 757 S 551 der demjenigen Gesamtschuldner, der die ganze Leistung erbringt, den Anspruch auf die vollstreckbare Ausfertigung gibt.

Abtretung durch Anfechtung unwirksam geworden sein und damit auch der Übergang des Vollstreckungsanspruches ungerechtfertigt sein, für das Vollstreckungsverfahren gilt der neue Gläubiger als der Anspruchsberechtigte, solange er sich durch die vollstreckbare Ausfertigung legitimieren kann. Er kann das Verfahren durchführen und den Schuldner so zur Leistung zwingen. Hierbei taucht die Frage nach der Beurteilung der Rechtslage auf, wenn der Schuldner, um es nicht zur Zwangsvollstreckung kommen zu lassen, z. B. weil er die Kosten sparen will, freiwillig auf Grund der vollstreckbaren Ausfertigung an den neuen Gläubiger leistet. Eine Legitimationswirkung der vollstreckbaren Ausfertigung im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner derart, daß letzterer, wenn er auf Grund der vollstreckbaren Ausfertigung leistet, von seiner Schuld befreit wird, ist in der Zivilprozeßordnung nicht vorgesehen. Doch scheint die analoge Anwendung der §§ 409, 410 BGB. geboten. Hier ist u. a. ausgesprochen, daß der alte Gläubiger die nichtige Abtretung einer Forderung gegen sich gelten lassen muß, wenn der neue Gläubiger eine Urkunde über die an ihn erfolgte Abtretung dem Schuldner vorlegt und daß der Schuldner auf Grund einer solchen Urkunde dem neuen Gläubiger gegenüber zur Leistung verpflichtet ist. Wenn auch in dem zur Beurteilung stehenden Falle der neue Gläubiger dem Schuldner keine derartige Abtretungsurkunde des alten Gläubigers vorlegt, so muß die vollstreckbare Ausfertigung aber umsomehr die Wirkung einer Abtretungsurkunde in sich schließen, als für die Erteilung der Vollstreckungsklausel auf den neuen Gläubiger durch die §§ 727 ff. ZPO. hinreichende Kautelen zum Schutze des Schuldners getroffen sind und die Erteilung der Vollstreckungsklausel nur erfolgt, wenn das die Erteilung rechtfertigende Rechtsverhältnis beim Gerichte offenkundig ist oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden bewiesen wird. Es läßt sich hiernach allgemein eine Legitimationswirkung der vollstreckbaren Ausfertigung im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner dergestalt feststellen, daß der Schuldner durch Leistung an den durch die vollstreckbare Ausfertigung als Gläubiger Legitimierten von seiner Schuld befreit wird.[32])

Die Befreiung des Schuldners von seiner Schuld durch freiwillige Leistung an den Gläubiger auf Grund der vollstreckbaren Ausfertigung ist sehr in Frage gestellt, solange die vollstreckbare Ausfertigung in den Händen des Gläubigers bleibt. Eine Verpflichtung des Gläubigers auf Auslieferung der vollstreckbaren Ausfertigung an

[32]) Jacobi in Z. f. Z. Bd. 25 S. 462.

den Schuldner, wie sie für den Gerichtsvollzieher nach § 757 ZPO. besteht, ist nirgends ausdrücklich ausgesprochen. Der Zweck der Auslieferung der vollstreckbaren Ausfertigung nach § 757 ZPO. ist der, den Schuldner vor nochmaliger Zwangsvollstreckung zu schützen. Die Gefahr einer nochmaligen Zwangsvollstreckung oder einer nochmaligen Leistung besteht aber noch mehr, wenn der Gläubiger die vollstreckbare Ausfertigung behält, als wenn der Gerichtsvollzieher sie bei seinen Handakten beläßt. Der Wert der Vorschrift des § 757 ZPO. würde daher sehr geschmälert, wenn im Falle freiwilliger Leistung seitens des Schuldners der Gläubiger nicht zur Aushändigung der vollstreckbaren Ausfertigung an der Schuldner verpflichtet wäre. Während früher auf Grund des Wortlautes des § 757 ZPO. ein diesbezüglicher Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger verneint wurde,[33]) ist es heute herrschende Ansicht, daß dem Schuldner ein solcher Anspruch zusteht. Über die Rechtsgrundlage dieses Anspruchs bestehen hauptsächlich zwei Ansichten. Jacobi[34]) will den Anspruch aus den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung — § 812 BGB. ff. — herleiten. Eine ungerechtfertiegte Bereicherung setzt voraus, daß aus dem Vermögen des Anspruchsberechtigten ein Vermögensvorteil in das Vermögen des ungerechtfertigt Bereicherten geflossen ist. Da hiervon bei der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung durch die Vollstreckungsorgane an den Gläubiger keine Rede sein kann, ist die Ansicht Jacobis abzulehnen.[35]) [36]) Die herrschende Ansicht, die u. a. von Stein-Jonas,[37]) Förster-Kann,[38]) Hellwig-Oertmann,[39]) Seuffert,[40]) Goldschmidt[41]) vertreten wird, gründet den Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger auf Aushändigung der vollstreckbaren Ausfertigung auf § 371 BGB. Nach § 371 BGB. ist der Gläubiger verpflichtet, den über die Forderung ausgestellten Schuldschein dem Schuldner nach Erfüllung zurückzugeben. Nach dieser Ansicht hat in § 371 BGB. der im materiellen Rechte geltende Grundsatz, daß derjenige, der auf Grund einer Urkunde zahlt, einen Anspruch auf die Urkunde habe, seinen ge-

[33]) O.L.G. Hamburg in O.L.G.E. Bd. 7 S. 54 vom 5. Mai 1903.
[34]) Jacobi in Z. f. Z. Bd. 25 S. 481.
[35]) Aus demselben Grunde ist die Ansicht Heins I. S. 203 abzulehnen, der einen publizistischen Bereicherungsanspruch des Staates gegen den Gläubiger konstruiert.
[36]) Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang die Ansicht Hellwigs in „Anspruch u. Klagerecht" S. 493, der auf Grund analoger Anwendung des § 2362 BGB. einen Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger auf Aushändigung an das Gericht annimmt.
[37]) Stein-Jonas II § 724 S. 487.
[38]) Förster-Kann III § 757 S. 534.
[39]) Hellwig-Oertmann II § 289 S. 208.
[40]) Seuffert § 757 S. 368.
[41]) Goldschmidt § 82 S. 219.

setzlichen Niederschlag gefunden.[42]) Ausgehend von dieser ratio legis und unter Berücksichtigung des Zweckes des § 757 ZPO. ergibt sich die analoge Anwendung des § 371 BGB. auf das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner bezüglich der Herausgabepflicht der vollstreckbaren Ausfertigung.[43])

---

[42]) Hahn S. 815, OLG. Jena in Seuff. Bd. 57 S. 484 vom 15. Dez. 1900.
[43]) Hellwig-Oertmann § 289 S. 208: argumentum e fortiori.

Teil III.

Die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung.

§ 9.

Allgemeines.

Die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung enthält einen Doppeltatbestand, und zwar erstens die Anfertigung der vollstreckbaren Ausfertigung und zweitens ihre Übermittlung an den Gläubiger.[1]) Letztere von der Zivilprozeßordnung in § 731 als Aushändigung bezeichnet, umfaßt jenen Vorgang, durch den der Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung auf den Gläubiger übergeht. Die Zivilprozeßordnung hat über die Übermittlung der vollstreckbaren Ausfertigung an den Gläubiger außer der Bestimmung des § 734, daß vor der Aushändigung der vollstreckbaren Ausfertigung auf der Urschrift des Urteils zu vermerken ist, für welche Partei und zu welcher Zeit die Ausfertigung erteilt ist, keine weitere Regelung getroffen. Dies hat seinen Grund darin, daß dieser Vorgang kein prozessualer, sondern ein rein tatsächlicher ist. Die Bedeutung der Aushändigung der vollstreckbaren Ausfertigung an den Gläubiger ist die, daß erst durch die Aushändigung der Zweck der vollstreckbaren Ausfertigung, dem Gebrauche des Gläubigers zu dienen, verwirklicht wird. Vorher bildet die vollstreckbare Ausfertigung ein Internum des Gerichts und hat als solche für die Außenwelt keine Bedeutung.

Die Anfertigung der vollstreckbaren Ausfertigung, von der Zivilprozeßordnung in §§ 724 ff. schlechthin als Erteilung bezeichnet, welche Bezeichnung auch im Nachfolgenden beibehalten wird, setzt wiederum zweierlei voraus, erstens die Anfertigung der Ausfertigung des Vollstreckungstitels und zweitens das Versehen dieser Ausfertigung mit der Vollstreckungsklausel. Die Befugnis, Ausfertigungen von Prozeßakten zu erteilen, ist durch § 299 ZPO. dem Urkundsbeamten d. G. gegeben. Auch die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung ist nach § 724 Abs. 2 ZPO. grundsätzlich Aufgabe des Urkundsbeamten d. G. Daneben kommt nach § 797 Abs. 2 ZPO. für notarielle Urkunden als erteilendes Organ der Notar oder die die Urkunde verwahrende Behörde in Frage.

---

[1]) L. G. Berlin in J. W. 21 S. 1261 vom 12. März 1921.

§ 10.

Die Zuständigkeit bei Urteilen.

Die Erteilung vollstreckbarer Ausfertigung von Urteilen ist nach § 724 Abs. 2 ZPO. Aufgabe des Urkundsbeamten d. G. Die Zuständigkeit der Urkundsbeamten ist ebenfalls dort geregelt. Es heißt dort:

Die vollstreckbare Ausfertigung wird von dem Gerichtsschreiber (Urkundsbeamter d. G.) erster Instanz und, wenn der Rechtsstreit bei einem höheren Gerichte anhängig ist, von dem Gerichtsschreiber dieses Gerichtes erteilt.

Maßgebend für die Zuständigkeit ist demnach die Anhängigkeit des Prozesses. Der Begriff der Anhängigkeit ist mehr ein tatsächlicher als rechtlicher. Für die Abgrenzung der Anhängigkeit eines Rechtsstreits ist entscheidend die Tätigkeit des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle, da dieser die vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen hat. Der Gerichtsschreiber erteilt diese auf Grund der Prozeßakten; man wird daher mit Förster-Kann[2]) den Gerichtsschreiber für zuständig halten müssen, dem die Führung der Prozeßakten obliegt. Stein-Jonas,[3]) Rosenberg[4]) und Petersen-Anger[5]) dagegen meinen, daß der Urkundsbeamte d. G. zuständig sei, bei dessen Gericht sich die Prozeßakten befinden. Diese Verallgemeinerung des Begriffes der Anhängigkeit ist nicht richtig. Bei dieser Auffassung müßte man zu dem Ergebnis kommen, bei Aktenversendung den Urkundsbeamten des Gerichts für zuständig zu erklären, an das die Prozeßakten übersandt sind. Das ist zu weit gehend.

Wann die Pflicht des Urkundsbeamten der höheren Instanz zur Führung der Prozeßakten beginnt, ist streitig. Nach der Ansicht Förster-Kanns[6]) und Stein-Jonas',[7]) die auch vom Reichsgericht[8]) vertreten wird, ist der Zeitpunkt der Einreichung der Rechtsmittelschrift bei dem Rechtsmittelgerichte maßgebend; ebenso Seuffert[9]) und Weißmann.[10]) Dieser Ansicht steht die Ansicht Falkmanns[11]) entgegen, der den Zeitpunkt der Absendung der Akten an die höhere Instanz für maßgebend hält. M. E. ist ein dazwischenliegender Zeitpunkt der

[2]) Förster-Kann III § 706 S. 421.
[3]) Stein-Jonas II § 706 S. 436.
[4]) Rosenberg § 153 S. 484.
[5]) Petersen-Anger § 706 S. 279.
[6]) Förster-Kann III § 706 S. 421.
[7]) Stein-Jonas II § 706 S. 436.
[8]) R.G.E. Bd. 9 S. 387 v. 7. Juli 1883.
[9]) Seuffert § 706 S. 283.
[10]) Weismann § 125 a. S. 29.
[11]) Falkmann S. 36.

richtige. Der Ansicht Förster-Kanns steht entgegen, daß dem Urkundsbeamten d. G. der unteren Instanz nicht, wenn nicht zufällig, bekannt sein kann, wann die Rechtsmittelschrift eingereicht ist, der Ansicht Falkmanns, daß der Urkundsbeamte d. G. der unteren Instanz ziemlich willkürlich über die Beendigung seiner Zuständigkeit entscheiden kann. Aus diesem Grunde halte ich den Zeitpunkt der Einforderung der Prozeßakten seitens der höheren Instanz von der unteren für den richtigen, da hierbei die Nachteile der obigen Ansichten vermieden werden.

Die Zuständigkeit des Urkundsbeamten d. G. der höheren Instanz besteht solange fort, als die Akten nicht weitergegeben, bezw. zurückgesandt sind. Hierbei muß es gleichgültig sein, wie das Verfahren bei der höheren Instanz geendet hat, ob durch Urteil, Vergleich, Verzicht auf das Rechtsmittel oder Zurücknahme des Rechtsmittels.[12]) Für die Ansicht Marcus',[13]) der bei allen prozeßendigenden Tatsachen, und Stein-Jonas',[14]) der bei Vergleich, Verzicht auf das Rechtsmittel oder Zurücknahme des Rechtsmittels das Erlöschen der Zuständigkeit des Urkundsbeamten der höheren Instanz annimmt, fehlt es sowohl an der gesetzlichen Rechtfertigung als auch an einem sonstigen zwingenden Grunde. Die Ansicht der Praxis ist schwankend. Während sich das Reichsgericht in der Entscheidung vom 15. Juni 1881[15]) auf den Standpunkt von Stein-Jonas gestellt hat, hat es in der Entscheidung vom 13. Mai 1889[16]) den entgegengesetzten Standpunkt eingenommen.

In gewissen Fällen darf der Urkundsbeamte d. G. die vollstreckbare Ausfertigung nur erteilen, nachdem der Vorsitzende des Gerichts die Erteilung der Vollstreckungsklausel angeordnet hat. Die Aufnahme einer derartigen Bestimmung in die Zivilprozeßordnung — § 730 — bedeutet ein Entgegenkommen für diejenigen Kreise, die bei der Beratung der Zivilprozeßordnung dafür eingetreten waren, die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung durch den Urkundsbeamten schlechthin von einer Ermächtigung des Gerichtes abhängig zu machen. Bähr,[17]) der den Antrag eingebracht hatte, begründete ihn damit, daß die Nachprüfung der Voraussetzung der Vollstreckbarkeit des Urteils für den rechtsunkundigen Urkundsbeamten oft mit viel Zeitverlust und Arbeit verbunden sein werde, während sie für den mit dem ganzen Rechtsstreit vertrauten Richter ein Leichtes sei. Der Antrag Bährs ist

[12]) Förster-Kann III § 706 S. 421, Seuffert § 706 S. 283.
[13]) Marcus in Z. f. Z. Bd. 11 S. 106.
[14]) Stein-Jonas II § 706 S. 436.
[15]) Seuff. Bd. 36 S. 486.
[16]) J.W. 89 S. 235.
[17]) Bähr in Hahn S. 806 ff.

war nicht Gesetz geworden; man ist ihm aber insofern entgegengekommen, als man in den Fällen, in denen die Nachprüfung der Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit eine schwierigere ist, die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung von der Anordnung des Vorsitzenden des Gerichts abhängig machte. Grundsätzlich aber wurde der Urkundsbeamte zu dem zuständigen Organ gemacht. Dies ist um so unbedenklicher, als es sich in den meisten Fällen bei der Nachprüfung der Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit des Urteils lediglich um die Berechnung einer Frist, nämlich des Ablaufs der Rechtsmittelfrist, handelt, zu der keine besondere Rechtskenntnis erforderlich ist. Die Erteilung der Vollstreckungsklausel läuft somit meistens mehr auf eine beurkundende, als entscheidende Tätigkeit hinaus.

Über die Bedeutung der Anordnung des Vorsitzenden hat sich das Reichsgericht im Beschlusse vom 15. November 1887[18]) dahin ausgesprochen, daß die Anordnung des Vorsitzenden lediglich ein Internum des Gerichts ist.[19]) Die Richtigkeit dieser Ansicht geht aus dem Wortlaute des Gesetzes schon dadurch hervor, daß durch ihn an der grundsätzlichen Zuständigkeit des Urkundsbeamten nichts geändert und nur bestimmt ist, daß die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung auf Anordnung des Vorsitzenden zu erfolgen habe. Das erteilende Organ ist somit in jedem Falle der Urkundsbeamte. Besonders ausschlaggebend für diese Ansicht ist, daß dieser allein bei der Erteilung mit der Außenwelt in Berührung kommt. Die Anhörung des Schuldners vor der Anordnung des Vorsitzenden, die durch § 730 Abs. 2 ZPO. fakultativ vorgesehen ist, ändert hieran nichts, da sie nur der Entscheidung des Vorsitzenden, ob er die Anordnung treffen will oder nicht, dienen soll. Die Anordnung des Vorsitzenden ist somit nach allem als eine interne Anweisung des Vorsitzenden an den Urkundsbeamten, die vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen, anzusehen.[20])

Die Anordnung des Vorsitzenden ist nach § 730 Abs. 2 ZPO. nur erforderlich zur Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung. Daraus folgt, daß der Urkundsbeamte von sich aus befugt ist, die vollstreckbare Ausfertigung zu verweigern; denn hierzu bedarf es nach dem Wortlaute des Gesetzes der Anordnung nicht. Der Urkundsbeamte hat sich daher, wenn ein Antrag auf Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung bei ihm eingeht, zunächst darüber Klarheit zu verschaffen, ob seines Erachtens die Voraussetzungen der Erteilung

[18]) R.G.E. Bd. 20 S. 375.
[19]) O.L.G. München in Seuff. Bd. 71 S. 84 vom 16. Okt. 1915, O.L.G. Rostock in Meckl. Z. f. R. Bd. 41 Sp. 21 v. 19. Aug. 1927.
[20]) Meckl. Z. f. R. Bd. 42 Sp. 366.

gegeben sind oder nicht. Kommt er zu letzterem Ergebnis, so wird er die Erteilung von sich aus ablehnen, andernfalls hat er sich an den Vorsitzenden zu wenden und dessen Entscheidung abzuwarten. In Zweifelsfällen wird er allerdings auch, wie es in der Praxis üblich ist, immer gut tun, sich auch vor der Verweigerung der Erteilung an den Vorsitzenden zu wenden.

Nach dem Wortlaute des Gesetzes hat die Anordnung des Vorsitzenden vor der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung zu erfolgen. Trotz des zwingenden Wortlauts ist es für zulässig zu erachten, die „Anordnung" nachzuholen, wenn sich nachträglich herausstellt, daß die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung nicht ohne Anordnung hätte geschehen dürfen.[21]) Selbstverständlich ist dann die Vollstreckungsklausel nach § 730 Abs. 3 ZPO. zu ergänzen.

Die Anordnung des Vorsitzenden ist nämlich nach der angeführten Bestimmung in der Vollstreckungsklausel zu erwähnen. Mit dem Oberlandesgericht Breslau[22]) ist es für ausreichend zu halten, wenn statt der Worte „auf Anordnung des Vorsitzenden" die Worte „auf Anordnung des Amtsgerichtes" gebraucht sind, da die Geschäftsverteilung als ein Internum des Gerichts für die Außenwelt keine Bedeutung haben kann.

Ist die vollstreckbare Ausfertigung ohne die erforderliche Anordnung erteilt oder fehlt in der Vollstreckungsklausel die Erwähnung der Anordnung, so ist die vollstreckbare Ausfertigung fehlerhaft. Die daraufhin vorgenommene Zwangsvollstreckung ist aber nicht nichtig, sondern nur anfechtbar. Das folgt aus dem im öffentlichen Rechte geltenden Grundsatze der Vermutung der Gültigkeit des Staatshoheitsaktes, zu welchem auch die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung zu rechnen ist.

Die Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen von Urteilen auf Anordnung des Vorsitzenden ist vorgesehen in §§ 726, 727, 728, 729, 738, 742 u. 744 ZPO.[23])

Es lassen sich danach zwei Gruppen von Fällen unterscheiden. Die erste Gruppe, enthalten in § 726 ZPO., umfaßt die Fälle, bei denen die Vollstreckung nach dem Inhalte des Urteils von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer Tatsache abhängig ist, außer wenn diese Tatsache in einer dem Gläubiger obliegenden Sicher-

[21]) Förster-Kann III § 730 S. 486.
[22]) O.L.G.E. Bd. 18 S. 395 v. 13. Mai 1909.
[23]) Vgl. Falkenstein S. 26 ff., Walsmann: Die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte und Gesamtgut in Rostocker Rechtswissenschaftl. Studien Bd. II Jg. 1904.

heitsleistung oder in einer Zug um Zug zu bewirkenden Gegenleistung des Gläubigers besteht. Ist die Zug um Zug zu bewirkende Gegenleistung die Abgabe einer Willenserklärung, so gilt die letztere Einschränkung nicht.

Die Bedeutung der Worte „durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer Tatsache" ist äußerst bestritten. Nach der früheren Auffassung, die besonders von Neukamp,[24]) Falkmann,[25]) Levy[26]) und Förster-Eccius[27]) vertreten wird, hat der Gläubiger stets alle Tatsachen zu beweisen, von denen nach dem Inhalte des Urteils die Vollstreckung abhängig ist. Nach dem heutigen, auch von der Praxis verfolgten Standpunkte greift der § 726 ZPO. nur soweit Platz, als schon nach materiellem Rechte den Gläubiger die Beweislast trifft. Eine Mittelmeinung nimmt Förster-Kann[28]) ein, der nach dem frei auszulegenden Inhalt des Titels die Frage, ob und inwieweit den Gläubiger die Beweislast treffe, entscheiden will.

Wenn auch nach dem Gesetzeswortlaute die Möglichkeit dieser Auslegung nicht zu bestreiten ist, so ist aber anzunehmen, daß der Gesetzgeber, wenn er stets den Beweis für alle Tatsachen, von denen nach dem Inhalte des Urteils die Vollstreckung abhängig ist, dem Gläubiger aufbürden wollte, dies deutlich im Gesetze zum Ausdruck gebracht hätte. Da dies nicht geschehen ist, ist die Ansicht Neukamps, Falkmanns, Levys und Förster-Eccius' abzulehnen. Was die Ansicht Förster-Kanns betrifft, so stützt sie sich hauptsächlich auf die Rechtslage bei einer kassatorischen Klausel.[29]) Eine solche sei stets dahin auszulegen, daß „damit dem Gläubiger ein schneidiges, alle Weiterungen von Seiten des Schuldners abschneidendes Vollstreckungsinstrument in die Hand gegeben werden solle", und daß daher der Gläubiger zur Erwirkung der vollstreckbaren Ausfertigung des Beweises der Nichtzahlung der Rate oder Zinsen nicht bedürfe. Die Ansicht Förster-Kanns ist zwar insoweit richtig, als der Gläubiger regelmäßig den Beweis der Nichtzahlung der Raten oder Zinsen nicht zu erbringen hat. Dies beruht aber auf der materiellen Rechtslage. Nach dieser ist der Anspruch des Gläubigers auf das Kapital bezw. den Kapitalrest regelmäßig nicht bedingt durch die Nichtzahlung der Raten oder Zinsen, sondern die Ratenzahlung bedeutet für den Schuldner nur einen Zahlungs-

[24]) Neukamp § 726 S. 693.
[25]) Falkmann S. 120.
[26]) Levy in Gruch. Bd. 36 S. 39.
[27]) Förster-Eccius S. 734.
[28]) Förster-Kann III § 726 S. 476.
[29]) Die kassatorische oder Verwirkungsklausel dient der Herbeiführung der Fälligkeit des Überrestes oder Kapitals bei nicht pünktlicher Zahlung der Raten oder Zinsen.

modus, der den Anspruch des Gläubigers auf das ganze Kapital unberührt läßt. Aus diesem Grunde ist auch die Ansicht Förster-Kanns abzulehnen und die herrschende Ansicht als richtig anzuerkennen.

Soweit den Gläubiger die Beweislast trifft, hat er den Beweis des Eintritts der Tatsachen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden zu erbringen. Der Beweisantritt erfolgt nach § 420 ZPO. durch Vorlegung der Urkunden. Nicht ist dagegen die Antretung des Beweises in der Form der §§ 421, 432 ZPO. für zulässig zu halten, da § 731 ZPO. gerade den Fall erfassen will, daß die Vorlegung der Urkunden durch den Gläubiger nicht möglich ist.

Die Urkunden sind in der Vollstreckungsklausel zu erwähnen. Ausdrücklich ist dies zwar nicht vorgeschrieben. Die Notwendigkeit der Erwähnung ergibt sich aber aus § 750 Abs. 2 ZPO. Nach diesem darf die Zwangsvollstreckung erst beginnen, wenn eine Abschrift der betr. Urkunden bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird. Das Vollstreckungsorgan ist aber nicht in der Lage, diese Voraussetzung des Vollstreckungsbeginns nachzuprüfen, wenn es nicht weiß, um welche Urkunden es sich handelt. Aus diesem Grunde ist die Erwähnung der Urkunden in der Vollstreckungsklausel erforderlich. Der Ansicht Ortmanns,[30]) der auf dem gegenteiligen Standpunkt steht, kann daher nicht beigetreten werden.

Die zweite Gruppe von Fällen, in denen die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung auf Anordnung des Vorsitzenden erfolgt, umfaßt diejenigen Fälle, in denen die Erteilung für oder gegen andere Personen erfolgen soll, als die im Urteil als Gläubiger oder Schuldner bezeichneten Personen. Es handelt sich in allen diesen Fällen um die Begründung einer neuen Aktiv- oder Passivlegitimation bezüglich des materiellen Anspruchs. Die Aktiv- oder Passivlegitimation des alten Gläubigers oder Schuldners ist erloschen und auf den neuen Gläubiger oder Schuldner übergegangen oder es ist eine neue Aktiv- oder Passivlegitimation neben der alten begründet worden. Die Zivilprozeßordnung kennt folgende Fälle:

Die vollstreckbare Ausfertigung kann erteilt werden:

1) § 727: für den Rechtsnachfolger des in dem Urteil bezeichneten Gläubigers sowie gegen denjenigen Rechtsnachfolger des in dem Urteil bezeichneten Schuldners und denjenigen Besitzer der im Streit befangenen Sache, gegen die das Urteil nach § 325 ZPO. wirksam ist;

[30]) J. W. 22 S. 499, vgl. auch Kammergericht in J. W. 22 S. 499 500 vom 22. Okt. 1921. Wie hier Stein-Jonas II § 726 S. 494, Müller S. 133, Petersen-Anger § 727 S. 318.

2) § 728 Abs. 1: für und gegen den Nacherben von einem dem Vorerben gegenüber ergangenen Urteil, das nach § 326 ZPO. dem Nacherben gegenüber wirksam ist;

Abs. 2: für und gegen den Erben von einem dem Testamentsvollstrecker gegenüber ergangenen Urteil, das nach § 327 ZPO. dem Erben gegenüber wirksam ist;

3) § 729 Abs. 1: gegen den Übernehmer eines Vermögens, wenn die Vermögensübernahme durch Vertrag nach der rechtskräftigen Feststellung der Schuld des bisherigen Vermögensinhabers erfolgt ist;

Abs. 2: gegen denjenigen, der ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortführt, wenn es sich um solche Verbindlichkeiten handelt, für welche er nach § 25 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 HGB. haftet und welche vor dem Erwerbe des Geschäftes gegen den früheren Inhaber rechtskräftig festgestellt sind;

4) § 738 Abs. 1: gegen den Nießbraucher eines Vermögens in Ansehung der dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände, wenn die Bestellung des Nießbrauchs nach der rechtskräftigen Feststellung der Schuld des Bestellers erfolgt ist;

Abs. 2: gegen den Nießbraucher einer Erbschaft in Ansehung der dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände von einem Urteile, das gegen den Erblasser ergangen ist;

5) § 742: für oder gegen den Ehemann in Ansehung des eingebrachten Gutes, wenn der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung der Errungenschafts- oder der Fahrnisgemeinschaft erst eingetreten ist, nachdem ein von der Ehefrau oder gegen sie geführter Rechtsstreit rechtshängig geworden ist, oder in Ansehung des Gesamtgutes, wenn die allgemeine Gütergemeinschaft oder die Fahrnisgemeinschaft erst eingetreten ist, wenn ein von der Ehefrau oder gegen sie geführter Rechtsstreit rechtshängig geworden ist;

6) § 744: gegen die Ehefrau in Ansehung des Gesamtgutes, wenn die Beendigung der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Fahrnisgemeinschaft nach der Beendigung des Rechtsstreits des Ehemannes erfolgt ist;

7) § 749: für oder gegen den Testamentsvollstrecker von einem für oder gegen den Erblasser ergangenen Urteil.

Grundlegend ist der § 727 ZPO. in Verbindung mit § 730 ZPO. Die übrigen Bestimmungen begnügen sich mit einem Hinweis auf ersteren oder beide. Es gelten darnach für die einzelnen in den angeführten Paragraphen statuierten Fälle gemeinsame Vorschriften. Abgesehen von der Geltung des § 730 für alle Fälle ist insbesondere

die Vorschrift gemeinsam, daß die Entstehung der neuen Aktiv- oder Passivlegitimation beim Gerichte offenkundig oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen sein muß, bevor die vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden kann. Wann Offenkundigkeit vorliegt, entscheidet der Vorsitzende des Gerichts im einzelnen Falle nach seinem Ermessen. Grundsätzlich wird man zur Annahme der Offenkundigkeit erfordern müssen, daß die in Betracht kommenden Tatsachen allgemeinkundig oder gerichtskundig sind. Offenkundigkeit ist demgemäß zu verneinen, wenn sie aus Tatsachen hergeleitet werden soll, die erst während des Verfahrens zur Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung von den Parteien dargelegt werden.[31]) Wird die vollstreckbare Ausfertigung auf Grund der Offenkundigkeit der neuen Aktiv- oder Passivlegitimation erteilt, so muß die Offenkundigkeit nach § 727 Abs. 2 ZPO. in der Vollstreckungsklausel erwähnt werden.

Bezüglich des Beweises durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden gilt das oben zu § 726 ZPO. Angeführte entsprechend.

Was das Wort „kann" in § 727 Abs. 1 ZPO. anbetrifft, so ist festzustellen, daß es sich um eine mangelhafte Ausdrucksweise des Gesetzgebers handelt. Es kann nicht das freie Ermessen des Vorsitzenden maßgebend sein. Vielmehr ist nach der ratio legis, einen zweiten Prozeß zu vermeiden, anzunehmen, daß die vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden muß, wenn die Voraussetzungen der Erteilung erfüllt sind.[32])

Wenn die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung für oder gegen den Neu-Legitimierten möglich ist, ist eine neue Klage, sei es auf Verurteilung oder nur auf Feststellung gerichtet, nicht am Platze.[33]) Diese müßte wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses abgelehnt werden. Wenn durch ein Urteil ein Rechtsverhältnis festgestellt und ein Anspruch zugesprochen ist und die Wirkung des Urteils hinsichtlich seiner Vollstreckbarkeit auf dritte Personen durch das Gesetz ausgedehnt ist, so fehlt es für diese an einem berechtigten Interesse einer nochmaligen Entscheidung.

§ 11.

Die Zuständigkeit bei den Vollstreckungstiteln des § 794 ZPO., bei Vollstreckungsurteilen und Vollstreckungsbeschlüssen.

Die Zuständigkeit bei den Vollstreckungstiteln des § 794 ZPO. ist durch die Bezugnahme des § 794 ZPO. auf § 724 bis § 793

[31]) Petersen-Anger S. 318 § 727.

[32]) RS. in RGE. Bd. 57 S. 329 330 v. 29. März 1904, Kammergericht in O. L. G. E. Bd. 15 S. 274 v. 274 v. 1. Juli 1907, Müller S. 133.

[33]) Stein-Jonas II § 727 S. 496; Förster-Kann III § 727 S. 480, R. G. in R. G. E. Bd. 88 S. 267 vom 26. Mai 1916.

ZPO. grundsätzlich in gleicher Weise geregelt wie bei Urteilen. In den §§ 795a—800 ZPO. finden sich gewisse Ausnahmen und Einschränkungen gegenüber der grundsätzlichen Regelung, die sich teils aus der Eigenart des betreffenden Vollstreckungstitels ergeben, teils mit seiner Entstehung in engem Zusammenhange stehen.

Eine ausdrückliche Regelung der Zuständigkeit bei Vergleichen — § 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. hat die Zivilprozeßordnung nur bezüglich der nach § 495a Abs. 1 Nr. 1 ZPO. vor Gütestellen geschlossenen Vergleiche getroffen. Bei diesen ist nach § 797a ZPO. der Urkundsbeamte d. G. desjenigen Amtsgerichts zuständig, in dessen Besitz die Gütestelle ihren Sitz hat. Im übrigen stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Die Einen halten unter entsprechender Anwendung des § 724 Abs. 2 ZPO. den Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts, d. i. desjenigen Gerichts, bei dem der Rechtsstreit, der durch den Vergleich erledigt ist, anhängig war, für zuständig. Diese Meinung wird insbesondere vertreten von Stein-Jonas,[34]) Körster-Kann,[35]) Hellwig-Oertmann,[36]) Schmidt,[37]) Seuffert,[38]) Wolff[39]) und Falkmann.[40]) Nach der anderen Ansicht sind die Vergleiche grundsätzlich wie gerichtliche Urkunden zu behandeln und hat den § 797 ZPO., in dem die Zuständigkeit bei vollstreckbaren Urkunden behandelt ist, auf die Vergleiche entsprechende Anwendung zu finden. Vertreter dieser Ansicht ist außer Petersen-Anger,[41]) Kohler[42]) und Eccius[43]) vor allem das Reichsgericht.[44]) Für die erstere Ansicht spricht einerseits die Entstehungsgeschichte des § 797 ZPO.,[45]) andererseits die Fassung des § 794 ZPO., in dem außer weiterer Vollstreckungstiteln Vergleiche und vollstreckbare Urkunden selbständig und ohne Zusammenhang aufgeführt sind. Trotzdem ist nach der heutigen Fassung der Zivilprozeßordnung der Ansicht des Reichsgerichts der Vorzug zu geben. Durch die Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 13. Februar 1924 ist dem § 797 ZPO. der § 797a hinzugeführt worden. Der § 797 behandelt all-

[34]) Stein-Jonas II § 795 S. 640. [35]) Förster-Kann III § 795 S. 600.
[36]) Hellwig-Oertmann II § 283 S. 180.
[37]) Schmidt § 141 S. 909.
[38]) Seuffert § 797 S. 439.
[39]) Wolff in Arch. f. z. Pr. Bd. 88 S. 218.
[40]) Falkmann S. 67.
[41]) Petersen-Anger § 797 S. 437.
[42]) Kohler in Arch. f. d. z. Pr. Bd. 72 S. 18.
[43]) Eccius in Gruch. Bd. 28 S. 273.
[44]) R.G. in R.G.E. Bd. 21 S. 345 v. 6. März 1888 und R.G.E. Bd. 35 S. 397 v. 15. Mai 1895; vgl. auch O.L.G. Rostock in Meckl. Z. f. R. Bd. 24 S. 207 v. 15. Nov. 1905.
[45]) Hahn S. 174: „Für die Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen von Urkunden, rücksichtlich deren es an einem Prozeßgericht noch fehlt, ist die Zuständigkeit zu bestimmen".

gemein die Zuständigkeit bei vollstreckbaren Urkunden, der § 797a die Zuständigkeit bei Vergleichen vor Güteſtellen. In dieſer Gegenüberſtellung erſcheint der § 797a als Spezialvorſchrift gegenüber der grundſätzlichen Regelung des § 797. Bei Ablehnung dieſer Anſicht müßte man zu dem Ergebnis kommen, in der Gegenüberſtellung des § 797 und § 797a eine Syſtemloſigkeit zu erblicken. Da hierzu kein Anlaß vorliegt, iſt ſomit die notwendige Folgerung die, daß die Vergleiche außer den vor Güteſtellen geſchloſſenen nach dem im Geſetz zum Ausdruck gebrachten Willen des Geſetzgebers gleich den vollſtreckbaren Urkunden zu behandeln ſind. Jedenfalls iſt dies nach der heutigen Faſſung der Zivilprozeßordnung anzunehmen. Wie aber ſchon bemerkt, beruht die jetzige Faſſung auf der Verordnung vom 13. Februar 1924, in Kraft ſeit dem 1. Juli 1924. Für die vorhergehende Zeit iſt die von Stein-Jonas vertretene Anſicht als richtig anzuerkennen.

Bei Koſtenfeſtſetzungsbeſchlüſſen und Entſcheidungen, gegen welche das Rechtsmittel der Beſchwerde ſtattfindet, findet § 724 Abſ. 2 ZPO. ausnahmslos entſprechende Anwendung.

Vollſtreckungsbefehle bedürfen regelmäßig einer Vollſtreckungsklauſel nicht, da gewiſſermaßen in ihrem Inhalte ſchon die Vollſtreckungsklauſel enthalten iſt. Nur bei Erteilung für oder gegen eine andere Perſon als die in dem Vollſtreckungsbefehl als Gläubiger oder Schuldner bezeichnete iſt nach § 796 Abſ. 1 ZPO. eine Vollſtreckungsklauſel erforderlich. Somit kann auch in dieſem Falle nur die Zuſtändigkeit zur Erteilung einer vollſtreckbaren Ausfertigung in Frage ſtehen. Das Geſetz regelt die Zuſtändigkeit ausdrücklich nicht. Unter entſprechender Anwendung des § 796 Abſ. 3 ZPO. in Verbindung mit §§ 724 Abſ. 2, 730 ZPO. ergibt ſich die Zuſtändigkeit des Urkundsbeamten d. G. desjenigen Amtsgerichts, das den Vollſtreckungsbefehl erlaſſen hat, wobei zu beachten iſt, daß zur Erteilung der vollſtreckbaren Ausfertigung eine Anordnung des Vorſitzenden des Amtsgerichts erforderlich iſt.

Die Zuſtändigkeit zur Erteilung vollſtreckbarer Ausfertigungen von vollſtreckbaren Urkunden im Sinne von § 794 Abſ. 1 Ziff. 5 ZPO. iſt geregelt im § 797 ZPO. Darnach iſt bei gerichtlichen Urkunden der Urkundsbeamte des Gerichts zuſtändig, das die Urkunde verwahrt. In den Fällen, wo eine Anordnung des Vorſitzenden erforderlich iſt, iſt unter entſprechender Anwendung des § 730 ZPO. der Vorſitzende dieſes Gerichts dazu berufen.[46])

[46]) Stein-Jonas II § 797 S. 644, Förſter-Kann III § 797 S. 602.

Bei notariellen Urkunden ist zu unterscheiden, ob sich die Urkunde in Verwahrung des Notars oder einer Behörde befindet. Im ersteren Falle erteilt der Notar die vollstreckbare Ausfertigung, und zwar ausschließlich. In den Fällen der §§ 726, 727 usw. hat er dazu dieselben Prüfungen anzustellen wie der Vorsitzende des Gerichts.[47]) Befindet sich die Urkunde in der Verwahrung einer Behörde, so ist diese für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung zuständig. Welche Behörde zur Verwahrung notarieller Urkunden beim Tode des Notars oder Ausscheiden aus seinem Amte usw. berufen ist, entscheidet das Landesrecht. In Mecklenburg-Schwerin sind es nach § 6 der Verordnung vom 26. Januar 1880 die Amtsgerichte.

Die Zivilprozeßordnung hat in den §§ 722, 1042 und 1044a Vollstreckungstitel geschaffen, deren einziger Bestandteil die Vollstreckbarkeitserklärung einer anderweit ergangenen materiellen Entscheidung oder eines Schiedsvergleiches bildet. Da der materiellen Entscheidung und dem Schiedsvergleiche die Vollstreckbarkeitswirkung fehlt, so können sie nicht als die Vollstreckungstitel angesehen werden, sondern diese bilden das Vollstreckungsurteil und der Vollstreckungsbeschluß, durch die die Vollstreckbarkeitswirkung verliehen wird. Zu diesen ist daher, wie schon oben ausgeführt, die Vollstreckungsklausel zu erteilen. Wer zur Erteilung berufen ist, regelt die Zivilprozeßordnung ausdrücklich nicht.

Für Vollstreckungsurteile folgt aus § 722 Abs. 2 ZPO. in Verbindung mit § 724 Abs. 2 ZPO. die Zuständigkeit des Urkundsbeamten des Amtsgerichts oder Landgerichts, bei welchem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand oder in Ermangelung eines solchen seinen Gerichtsstand des Vermögens — § 23 ZPO. — hat.

Für Vollstreckungsbeschlüsse, die nach § 1042 oder § 1044a ergangen sind, ergibt sich aus § 1045 in Verbindung mit § 724 Abs. 2 die Zuständigkeit des Urkundsbeamten desjenigen Amtsgerichts oder Landgerichts, welches in einem Schiedsvertrage für den Vollstreckungsbeschluß ausdrücklich als zuständig vereinbart ist oder in Ermangelung eines solchen, bei dem der Anspruch hätte geltend gemacht werden müssen.

Im übrigen gilt, was insbesondere die Anordnung des Vorsitzenden betrifft, das bezüglich der Zuständigkeit der Urteile Ausgeführte entsprechend.

---

[47]) R.G. in R.G.E. Bd. 72 S. 22 v. 9. Okt. 1909.

§ 12.

Der Vorbehalt des Artikels VI § 1 Abs. 1 des Gesetzes zur Entlastung der Gerichte vom 11. März 1921 für die Länder, insbesondere die Regelung des Freistaates Mecklenburg-Schwerin.

Die Überlastung der Gerichte in den Nachkriegsjahren war der Anlaß zu dem Gesetze vom 11. März 1921. In seinem Artikel VI § 1 Abs. 1 wurde den Landesjustizverwaltungen die Befugnis eingeräumt zu bestimmen, daß die Anordnung des Vorsitzenden zur Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung nicht erforderlich sei.

Unter anderen Ländern hat auch Mecklenburg-Schwerin von dieser Befugnis Gebrauch gemacht und unter dem 24. September 1921 ein Anordnung zur Ausführung des Art. VI des erwähnten Reichsgesetzes erlassen,[48]) die in ihrem wesentlichen Inhalt der schon vor Erlaß des Reichsgesetzes ergangenen preußischen Allgemeinverfügung vom 3. März 1921[49]) fast wörtlich nachgebildet ist. Die erwähnte mecklenburgische Anordnung ist inzwischen durch die Anordnung vom 15. Mai 1924,[50]) diese wiederum durch die Anordnung vom 21. Januar 1928[51]) überholt worden. Der heutige Rechtszustand ist nach der letzteren Anordnung folgender: Nach § 1 Abs. II Ziff. 2 der Anordnung erteilt der Urkundsbeamte selbständig ohne Einholung einer Anordnung des Vorsitzenden die vollstreckbare Ausfertigung.

Nicht jeder Urkundsbeamte ist zur selbständigen Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung befugt. Dem Justizministerium ist in § 2 der Anordnung das Recht vorbehalten, einzelne Beamte hierzu besonders zu beauftragen. Bei außerplanmäßig angestellten Beamten kann eine Beauftragung im einzelnen Falle erfolgen. Der Auftrag selbst setzt einen Antrag des Vorstandes des Gerichts voraus, der nicht gestellt werden soll, wenn Bedenken gegen den Auftrag bestehen, insbesondere wenn nach der Geschäftslage eine Entlastung des Gerichts und eine Belastung des zu beauftragenden Beamten nicht zweckmäßig erscheint oder der Auftrag Mehrkosten für den Staat bringen würde.

Die nach den beiden überholten Anordnungen erteilten Aufträge bestehen in den Grenzen der Anordnung vom 21. Januar 1928 fort.

Der § 3 der Ausführungsanordnung erscheint als Ergänzungsbestimmung zu § 725 ZPO. Er enthält Vorschriften darüber, in

---

[48]) Rgbl. 1921 S. 921 ff.
[49]) J.M.Bl. 1921 S. 133 ff.
[50]) Rgbl. 1924 S. 174 ff.
[51]) Rgbl. 1928 S. 31.

welcher Weise der Urkundsbeamte d. G. die von ihm selbständig zu erteilende vollstreckbare Ausfertigung zu unterzeichnen hat. Neben der zulässigen persönlichen Dienstbezeichnung hat der Urkundsbeamte seinem Namen den Vermerk als Urkundsbeamter des näher zu bezeichnenden Gerichts ausdrücklich hinzuzufügen. In dieser Formvorschrift liegt ein weiteres Argument für die in Teil I § 2 vertretene Ansicht, daß grundsätzlich nach § 725 ZPO. die Hinzufügung als Urkundsbeamter d. G. nicht erforderlich ist. Wären die Verfasser der Ausführungsanordnung anderer Ansicht gewesen, so wäre der § 3 der Ausführungsanordnung überflüssig gewesen, da dann die Hinzufügung als Urkundsbeamter schon nach § 725 ZPO. notwendig wäre und das betreffende Gericht sich aus dem Gerichtssiegel ergäbe.

§ 13.

Das Verfahren bei Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung.

Die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung setzt einen auf sie gerichteten Antrag des Gläubigers an den zuständigen Urkundsbeamten, Notar oder die zuständige Behörde voraus. Für den Antrag ist eine Form nicht vorgesehen. Er kann daher sowohl schriftlich oder mündlich gestellt werden oder auch in konkludenter Handlung erblickt werden, z. B. in dem Gesuch an das Gericht, das Vollstreckungsorgan mit der Vollstreckung zu beauftragen. Aus analoger Anwendung des § 78 Abs. 2 ZPO. folgt, daß der Antrag dem Anwaltszwange nicht unterliegt, da die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung eine „Prozeßhandlung" darstellt, welche von dem Urkundsbeamten vorgenommen werden kann; bei Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen von notariellen Urkunden durch den Notar ist ein Anwaltszwang schlechthin undenkbar. Der Antrag muß gemäß § 202 GVG. auch während der Gerichtsferien bearbeitet und die vollstreckbare Ausfertigung bei Vorliegen der Voraussetzungen erteilt werden, da Antrag und Erteilung zum Vollstreckungsverfahren gehören.

Da der Urkundsbeamte die vollstreckbare Ausfertigung auf Grund der Prozeßakten erteilt, ist es Sache des Gläubigers, soweit diese nicht ausreichen, die weiteren Erfordernisse der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung nachzuweisen. So hat er z. B. den Beweis der Berufungszurücknahme, die nach § 515 ZPO. den Verlust der Berufung zur Folge hat, zu erbringen, wenn die Prozeßakten von der Berufungsinstanz an die untere Instanz noch nicht zurückgegeben sind. Für derartige Beweise ist in der Zivilprozeßordnung eine Form nicht vor-

gesehen. Nur in den Fällen, in denen die vollstreckbare Ausfertigung auf Anordnung des Vorsitzenden zu erteilen ist, ist für den Nachweis der erforderlichen Tatsachen eine Form vorgeschrieben. Diese Tatsachen hat der Gläubiger durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen, außer beim Gläubiger- oder Schuldnerwechsel, wenn dieser beim Gerichte offenkundig ist. Der Gläubiger muß daher die erforderlichen Urkunden mit seinem Antrage einreichen oder nachreichen, wenn sie sich noch nicht bei den Gerichtsakten befinden. Entsprechendes gilt bei der Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen von notariellen Urkunden.

Kann der Gläubiger den erforderlichen Nachweis in der vorgeschriebenen Form nicht erbringen, so hat er nach § 731 ZPO. auf Erteilung der Vollstreckungsklausel Klage zu erheben.

Die rechtliche Natur der Klage aus § 731 ZPO. ist bestritten.[52]) Hauptsächlich sind es drei Ansichten, die einander gegenüberstehen. Schmidt[53]) sieht als Gegenstand der Klage den materiellen Anspruch an und hält demgemäß die Klage für eine Leistungsklage. Diese Ansicht verträgt sich nicht mit dem Wortlaute des Gesetzes. Da nach ihm aus dem Urteil auf Erteilung der Vollstreckungsklausel Klage zu erheben ist, kann der materielle Anspruch, über den im Urteil schon entschieden ist, nicht nochmals Gegenstand der Klage sein. Stein-Jonas,[54]) Förster-Kann[55]) und mit ihnen die herrschende Meinung halten die Klage für eine Rechtsgestaltungsklage. Gegen diese Ansicht spricht der Umstand, daß nach ihr dem Urteil, das über den materiellen Anspruch entschieden hat, erst die Vollstreckbarkeitswirkung verliehen würde. Dies ist jedoch nicht der Fall und geht besonders aus der Betrachtung der Rechtslage bei Gläubiger- und Schuldnerwechsel hervor. Die Vollstreckbarkeitswirkung des Urteils gegen den neuen Gläubiger oder Schuldner ist eine Folge der Rechtskraftwirkung des Urteils. Letztere besteht auf Grund der §§ 325 ff. ZPO. von vornherein gegen den neuen Gläubiger oder Schuldner; eine Verleihung der Rechtskraftwirkung gibt es nicht. Demgemäß kann es auch eine Verleihung der Vollstreckbarkeitswirkung nicht geben; auch diese steht von vornherein dem neuen Gläubiger oder Schuldner gegenüber fest. Auch müßte man bei Ablehnung dieser Ansicht annehmen, daß in jenen Fällen, wo die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung auf Anordnung des Vorsitzenden erfolgt, in der Erteilung der vollstreckbaren

[52]) Roeger S. 27 ff.
[53]) Schmidt § 141 S. 902.
[54]) Stein-Jonas II § 731 S 507.
[55]) Förster-Kann III § 731 S. 488.

Ausfertigung gleichzeitig die Verleihung der Vollstreckbarkeitswirkung zu erblicken sei, eine Folgerung, die mit Recht jedoch nirgends gezogen wird. Gegenstand der Klage des § 731 ZPO. ist nur die Feststellung des Bestehens der Vollstreckbarkeitswirkung. Dieser Ansicht steht der Wortlaut des Gesetzes, wie Förster-Kann[56]) meint, keineswegs entgegen. Daß in dem Ausdruck „Erteilung der Vollstreckungsklausel" ein Hinweis auf eine Rechtsänderung zu erblicken sei, ist nicht einzusehen. Die Klage aus § 731 ZPO. ist somit unter die Feststellungsklagen einzureihen.[57]) Ihre Eigenart als Feststellungsklage besteht darin, daß ein publizistisches Rechtsverhältnis festgestellt wird, nämlich ob der Vollstreckungsanspruch gegen den Staat gegeben ist. Man kann sie daher als publizistische Feststellungsklage bezeichnen.

Die Klage des § 731 ZPO. ist gegen den Schuldner auf Erteilung der Vollstreckungsklausel zu erheben.[58]) Zuständig für die Klage ist grundsätzlich das Prozeßgericht erster Instanz. Bei Vollstreckungsbefehlen ist nach § 796 Abs. 3 zuständig das Amtsgericht, dessen Urkundsbeamter den Vollstreckungsbefehl erlassen hat, bei vollstreckbaren Urkunden ist nach § 795 Abs. 5 zuständig das Gericht, bei welchem der Schuldner im Deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand oder in Ermangelung eines solchen seinen Gerichtsstand des Vermögens — § 23 ZPO. — hat. Die bezeichneten Gerichtsstände sind nach § 802 ZPO. ausschließliche. Das Urteil, das auf die Klage des § 731 ZPO. ergeht, hat gegebenenfalls dahin zu lauten, daß die Vollstreckungsklausel zu dem Vollstreckungstitel zu erteilen ist. Es ersetzt nicht die Vollstreckungsklausel.[59]) Die vollstreckbare Ausfertigung ist demnach von dem zuständigen Urkundsbeamten, dem Notar oder der Behörde auf Grund des Urteils und der Prozeßakten oder Notariatsakten zu erteilen. Daß das Urteil in der Vollstreckungsklausel zu erwähnen ist, ist nicht ausdrücklich vorgesehen. Die entsprechende Anwendung des § 730 Abs. 3 ist jedoch geboten, da der Zweck des Urteils der ist, die nicht zu erlangende Anordnung des Vorsitzenden zu ersetzen[60]).

Nach der Fassung des § 731 ZPO. erweckt es den Eindruck, als ob die Klage nur subsidiär gegeben ist, also vom Gläubiger mit

---

[56]) Förster-Kann III § 731 S. 488.

[57]) Seuffert § 731 S. 334, Rosenberg § 182 S. 585, Kohler in Z.f.Z. Bd. 29 S. 13, Kisch S. 152 ff., Langheineken S. 167 ff.

[58]) Roeger S. 31, Weismann § 131 S. 45.

[59]) Stein-Jonas II § 731 S. 507, O.L.G. Kiel in O.L.G.E. Bd. 16 S. 323 v. 9. Dez. 1907.

[60]) Stein-Jonas II § 731 S. 509, Förster-Kann III § 731 S. 489.

Erfolg nur angestrengt werden kann, wenn er den erforderlichen Nachweis in der vorgeschriebenen Form nicht erbringen kann. Eine derartige Auffassung würde zu dem Ergebnis führen, dem Gläubiger den Beweis für die Unmöglichkeit des Nachweises durch Urkunden aufzubürden. Sie wird jedoch überall abgelehnt, da der Gläubiger einen derartigen Beweis mit Sicherheit überhaupt nicht führen kann. Stein-Jonas[61]) und Seuffert[62]) verlangen von dem Gläubiger den Beweis, daß er solche Urkunden nicht im Besitze hatte, Falkmann[63]), daß die Beschaffung der Urkunden für ihn mit erheblicher Schwierigkeit verbunden sei. Auch diese Ansichten müssen aus praktischen Erwägungen abgelehnt werden. Wie der Gläubiger den Beweis, daß er die Urkunden nicht besitze oder ihre Beschaffung mit Schwierigkeiten verbunden sei, führen soll und kann, ist nicht einzusehen. Man muß muß daher der Ansicht Förster-Kanns[64]) und Roegers[65]) den Vorzug geben. Darnach stehen Antrags- und Klageverfahren gleichberechtigt nebeneinander, der Gläubiger kann wählen, welches Verfahren er einschlagen will.

Bezüglich der Einwendungen gegen die Klage aus § 731 ZPO. besteht Übereinstimmung darüber, daß Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel bei Vermeidung des Verlustes in dem Klageverfahren vorgebracht werden müssen; mit Recht, da das Klageverfahren der Entscheidung über das Für und Wider der Erteilung der Vollstreckungsklausel dienen soll. Dagegen besteht Streit, ob materiell-rechtliche Einwendungen zulässig sind. Kohler[66]) hält sie nicht für zulässig, da für das Verfahren des § 731 ZPO. das in der Sache selbst ergangene Urteil die bindende Grundlage sei. Die herrschende Ansicht, vertreten von Förster-Kann,[67]) Seuffert,[68]) Falkmann[69]) und Roeger,[70]) will die Einwendung zulassen, z. T. sogar auf Grund von § 767 Abs. 2 ZPO. mit der Forderung, daß die Einwendungen, soweit sie in dem Klageverfahren vorgebracht werden können, bei Vermeidung des Verlustes auch vorgebracht werden müssen. Der herrschenden Ansicht wird beigetreten. Würden Einwendungen nicht zu-

[61]) Stein-Jonas II § 731 S. 506.
[62]) Seuffert § 731 S. 335; vgl. R.G. in J.W. 1900 S. 155 v. 5. Jan. 1900.
[63]) Falkmann S. 139; vgl. OLG. Kiel in O.L.G.E. Bd. 16 S. 323 v. 9. Dez. 1907.
[64]) Förster-Kann III § 731 S. 488.
[65]) Roeger S. 19.
[66]) Kohler Arch. f. z. Pr. Bd. 72 S. 33.
[67]) Förster-Kann III § 731 S. 488.
[68]) Seuffert § 731 S. 335.
[69]) Falkmann S. 141.
[70]) Roeger S. 43.

läſſig ſein, ſo bliebe dem Schuldner nichts anderes übrig, als etwaige Einwendungen in einem neuen Klageverfahren nach § 767 Abſ. 2 ZPO. geltend zu machen. Es kann aber nicht im Sinne des Geſetzes liegen, zwei Prozeſſe heraufzuzwingen, deren Gegenſtand in einem Verfahren erledigt werden kann. Der Auffaſſung jedoch, daß die Einwendungen bei Vermeidung des Verluſtes vorgebracht werden müſſen, wird nicht beigetreten. § 767 Abſ. 1 ZPO. ſpricht ausdrücklich von Einwendungen gegen den durch das Urteil feſtgeſtellten Anſpruch und ſchließt in Abſ. 2 nur die Einwendungen aus, die bis zum Schluſſe der mündlichen Verhandlung nicht vorgebracht ſind. Danach umfaßt die mündliche Verhandlung nur das Verfahren, deſſen Gegenſtand der materielle Anſpruch bildet, nicht aber auch noch das Verfahren des § 731 ZPO., deſſen Gegenſtand die Feſtſtellung der Vollſtreckbarkeitswirkung des Urteils iſt.

§ 14.

Rechtsbehelfe des Gläubigers gegen die Ablehnung der Erteilung einer vollſtreckbaren Ausfertigung.

Die Erteilung der vollſtreckbaren Ausfertigung iſt allein Sache des Urkundsbeamten d. G. Lehnt dieſer die Erteilung ab, ſo kann der Gläubiger gemäß § 576 ZPO. die Entſcheidung des Prozeßgerichts nachſuchen und muß dies zunächſt auch dann tun, wenn der gemäß § 730 ZPO. durch den Urkundsbeamten d. G. angerufene Vorſitzende des Gerichts die Anordnung der Erteilung verſagt hat. Lehnt der Vorſitzende des Gerichts in den Fällen des § 730 ZPO. von ſich aus unter Übergehung des Urkundsbeamten die Erteilung der vollſtreckbaren Ausfertigung ab, ſo muß der Gläubiger zunächſt die Entſcheidung des Urkundsbeamten nachſuchen, gegen dieſe das Prozeßgericht anrufen und kann erſt dann die Beſchwerde geltend machen. So auch Oberlandesgericht Hamburg in einer Entſcheidung vom 29. März 1892.[71]) Die Oberlandesgerichte Zweibrücken[72]) und München[73]) wollen in einem ſolchen Verfahren einen übertriebenen Formalismus erblicken und die Entſcheidung des Vorſitzenden der Entſcheidung des Prozeßgerichts gleichſtellen. M. E. entbehrt jedoch ein ſolches Verfahren der geſetzlichen Grundlage. Die Entſcheidung des Vorſitzenden des Gerichtes iſt nicht immer die des Gerichtes. Dies iſt nur der Fall bei dem nur mit einem Richter beſetzten Amtsgerichte. Beim Kollegialgerichte iſt es ſehr wohl möglich, daß ſich das Kollegium auf einen

[71]) Seuff. Bd. 48 S. 369.
[72]) O.L.G.E. Bd. 3. S. 333 v. 6. Febr. 1901.
[73]) Seuff. Bd. 71 S. 83 v. 16. Okt. 1915.

anderen Standpunkt stellt als der Vorsitzende. Wenn man der Ansicht der Oberlandesgerichte Zweibrücken und München folgen wollte, so würde es darauf hinauslaufen, dem Gläubiger eine „Instanz" zu nehmen. Das verträgt sich aber nicht mit dem Rechtsschutzgedanken der Zivilprozeßordnung.

Gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts steht dem Gläubiger nach § 576 Abs. 2 ZPO. die Beschwerde zu. Ob diese Beschwerde als einfache oder sofortige anzusehen ist, darüber bestehen geteilte Ansichten. Die Praxis steht durchweg auf dem Standpunkte, daß es sich um eine einfache Beschwerde handelt[74]). Derselben Ansicht sind auch Stein-Jonas[75]), Förster-Kann[76]), Rosenberg[77]), Hein[78]) und Petersen-Anger[79]). Sie begründen ihre Ansicht damit, daß die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung noch keinen Akt des Zwangsvollstreckungsverfahrens darstelle, sondern nur seiner Vorbereitung diene und daß daher § 793 ZPO. keine Anwendung finden könne. Demgegenüber halten Weismann[80]), Falkmann[81]), Kleinfeller[82]) und Schmidt[83]) gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts nur die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO. für zulässig mit der Begründung, daß die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung zum Vollstreckungsverfahren gehöre.

Dieser letzteren Ansicht wird beigetreten. Die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung ist ein Teil des Vollstreckungsverfahrens. Zu einem Verfahren gehören nicht nur die Akte, aus denen es sich unmittelbar zusammensetzt, sondern auch die, die ihm unmittelbar vorausgehen und mit ihm in notwendigem, engem Zusammenhange stehen. Wie die Einreichung der Klageschrift zur Terminsbestimmung zum Prozeßverfahren zu rechnen ist, so gehört auch der Antrag auf Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung selbst schon zum Vollstreckungsverfahren, umsomehr aber noch die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung.

Mit der Entscheidung über die Frage, ob die Beschwerde gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts als einfache oder sofortige zu be-

[74]) R.G. in R.G.E. Bd. 31 S. 410 v. 13. Juli 1893, Bd. 42 S. 241 v. 20. Dez. 1898, in Seuff. Bd. 59 S. 169 v. 2. Jan. 1904, O.L.G. Hamburg in O.L.G.E. Bd. 5 S. 450 v. 16. Okt. 1902, Kammerger. in O.L.G.E. Bd. 16 S. 296 v. 7. Dez. 1907, O.L.G. München in Seuff. Bd. 72 S. 173 v. 23. Juni 1916.

[75]) Stein-Jonas II § 724 S. 488.

[76]) Förster-Kann III § 724 S. 472.

[77]) Rosenberg § 182 S. 584.

[78]) Hein II S. 6.

[79]) Petersen-Anger § 724 S. 313.

[80]) Weismann § 131 S. 48.

[81]) Falkmann S. 133.

[82]) Kleinfeller § 148 S. 622.

[83]) Schmidt § 128 S. 815.

handeln ist, wird auch die Frage entschieden, binnen welcher Frist die Entscheidung des Prozeßgerichts nachzusuchen ist. Nach der im Vorhergehenden entwickelten Ansicht hat dies nach § 577 Abs. 2 und 4 binnen zwei Wochen seit der Ablehnung der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung durch den Urkundsbeamten zu geschehen. Auch dieses Ergebnis spricht für die Annahme einer sofortigen Beschwerde. Dem Schuldner gegenüber wäre es eine unbillige Härte, wenn man dem Gläubiger noch nach Jahr und Tag, wenn vielleicht die Bedenken, die den Urkundsbeamten zur Ablehnung des Gesuches veranlaßten, in Vergessenheit geraten sind, gestatten würde, die Entscheidung des Prozeßgerichts anzurufen.

Die vorstehende Regelung greift bei allen Vollstreckungstiteln außer bei vollstreckbaren Urkunden Platz. Da die Errichtung vollstreckbarer Urkunden, damit im Zusammenhange ihre Verwahrung und die Erteilung einfacher oder vollstreckbarer Ausfertigungen von ihnen eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist, können die dem Gläubiger in der Zivilprozeßordnung gegebenen Rechtsbehelfe nicht zur Anwendung kommen, sondern stehen dem Gläubiger nur die Rechtsbehelfe der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu.

Reichsrechtlich sind nur bei den gerichtlichen vollstreckbaren Urkunden Rechtsbehelfe in dieser Hinsicht gegeben, sie finden sich in dem Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Danach stehen dem Gläubiger gemäß § 20 die Beschwerde und bei Gesetzesverletzung gemäß § 27 die weitere Beschwerde gegen die Verfügung des Gerichts erster Instanz zu. Da nach § 797 Abs. 1 ZPO. die vollstreckbare Ausfertigung von dem Urkundsbeamten des Gerichts, welches die Urkunde verwahrt, erteilt wird, muß, um dem Gläubiger vorbenannte Rechtsbehelfe zu ermöglichen, der § 576 ZPO. analoge Anwendung finden. Der Gläubiger muß demgemäß zunächst die Entscheidung des Gerichts, dem der die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung verweigernde Urkundsbeamte angehört, nachsuchen und kann erst dann gegen die Entscheidung (= Verfügung) des Gerichts Beschwerde und gegebenenfalls weitere Beschwerde geltend machen.

Bei notariellen Urkunden fehlt bezüglich der Rechtsbehelfe gegen die Versagung vollstreckbarer Ausfertigungen eine reichsrechtliche Regelung. Ob und welche Rechtsbehelfe gegeben sind, entscheidet sich nach Landesrecht. In Mecklenburg-Schwerin findet gemäß § 83 der Verordnung vom 9. April 1899 zur Ausführung des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegen die Ablehnung

der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung durch den nach § 797 Abs. 2 zuständigen Notar die Beschwerde an das Präsidium des Landgerichts, in dessen Bezirk der Notar seinen Sitz hat, statt; eine weitere Beschwerde ist nicht gegeben. Ist die notarielle Urkunde in der Verwahrung einer Behörde — § 797 Abs. 2 ZPO. —, so findet, da nach § 6 der Verordnung vom 26. Jan. 1880 es Aufgabe der Amtsgerichte ist, notarielle Urkunden beim Tode des Notars usw. zu verwahren, gemäß § 19 der Verordnung vom 9. April 1899 in Verbindung mit §§ 20 und 27 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Beschwerde und weitere Beschwerde statt.

§ 15.

Rechtsbehelfe des Schuldners gegen die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung.

Die Rechtsbehelfe, die dem Schuldner gegen die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung zustehen, sind in den §§ 732 und 768 ZPO. enthalten. Danach kann der Schuldner gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel Einwendungen und unter gewissen Voraussetzungen Klage erheben. Auch wo dem Schuldner nach § 768 ZPO. die Klage zusteht, bleibt für ihn die Möglichkeit bestehen, stattdessen Einwendungen zu erheben. Klage und Einwendungen stehen somit gleichberechtigt nebeneinander. Ihr beider Zweck ist der, die Unzulässigkeit der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung geltend zu machen. Sie richten sich nicht gegen die zukünftige Erteilung, sondern gegen die geschehene, was aus den Worten „erteilt ist" in § 732 ZPO. und dem Wortlaut des § 768 ZPO. deutlich hervorgeht,[84]) und können daher in dem Erteilungsverfahren selbst mit Erfolg noch nicht geltend gemacht werden. Grundsätzlich sind sie nur zum Rügen formeller Mängel in der Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen geeignet, daneben können aber auch sachliche Einwendungen in der Richtung erhoben werden, daß in den Fällen, in denen die Vollstreckungsklausel auf Anordnung des Vorsitzenden zu erteilen ist, der als bewiesen angenommene Eintritt der Voraussetzung der Erteilung der Vollstreckungsklausel bestritten wird. Im übrigen können Einwendungen gegen den Anspruch selbst nicht geltend gemacht werden. Letzteres wird von Petersen-Anger[85]) und vom Oberlandesgericht Königsberg[86]) bestritten. Sie wollen auch Einwendungen gegen den Anspruch selbst zulassen. Das ist nicht richtig, da im § 767 ZPO. ausdrücklich für Einwendungen, die den

[84]) Hellwig-Oertmann II § 288 S. 205, Levy in Gruch. Bd. 46 S. 329 ff.
[85]) Petersen-Anger § 732 S. 328.
[86]) L.Z. 1916 Sp. 706/707 v. 1. Sept. 1915.

durch das Urteil festgestellten Anspruch betreffen, die Klage beim Prozeßgericht erster Instanz vorgesehen ist[87]).

Die Einwendungen des § 732 ZPO. sind ein der Erinnerung — § 104 ZPO. — nachgebildeter Rechtsbehelf. Sie gleichen ihr insofern, als auch dort das Gericht, dessen Urkundsbeamter den Kostenfestsetzungsbeschluß erlassen hat, über die Erinnerung zu entscheiden hat, die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ergehen und das Gericht vor der Entscheidung die Vollstreckung aussetzen kann. Entsprechendes gilt für die Einwendungen. Die Entscheidung liegt auch hier dem Gerichte ob, dessen Urkundsbeamter die Vollstreckungsklausel erlassen hat und kann ohne mündliche Verhandlung ergehen. Vor der Entscheidung kann das Gericht eine einstweilige Anordnung über die Vollstreckung erlassen, insbesondere dahin, daß die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen einzustellen oder nur gegen Sicherheitsleistung fortzusetzen sei. Die einstweilige Anordnung, die das Gericht von sich aus, ohne an Anträge der Parteien gebunden zu sein, erläßt, soll der Gefahr vorbeugen, daß durch den Betrieb der Vollstreckung die Entscheidung des Gerichts über die Einwendungen gegenstandslos wird. Aus dem Umstande, daß die Parteien auf Erlaß und die Gestaltung der einstweiligen Anordnung keinen Einfluß haben, folgt, daß die einstweilige Anordnung des § 732 Abs. 2 ZPO. ebenso wie die des § 572 Abs. 3 ZPO. keinem Rechtsmittel unterliegt.[88]) Die Ansicht Stein-Jonas'[89]) und Förster-Kanns,[90]) die eine sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO. zulassen, wird daher abgelehnt.

Zuständig zur Entscheidung über Einwendungen ist das Gericht, dessen Urkundsbeamter die Vollstreckungsklausel erteilt hat. Nur bei notariellen vollstreckbaren Urkunden entscheidet nach § 797 Abs. 3 ZPO. das Amtsgericht, in dessen Bezirk der die Urkunden verwahrende Notar oder die betreffende Behörde ihren Amtssitz hat.

Gegen den die Einwendung zurückweisenden Beschluß steht dem Schuldner die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO. zu.[91]) Stein-Jonas,[92]) Förster-Kann[93]) und die dort Zitierten wollen dem Schuldner auch hier ebenso wie dem Gläubiger gegen die Verweigerung der Er-

[87]) Stein-Jonas II § 732 S. 509, Förster-Kann III § 732 S. 490, Rosenberg § 182 S. 586.

[88]) Rosenberg § 181 S. 580, O.L.G. Breslau in J.W. 1928 S. 1521/22 v. 21. März 1928.

[89]) Stein-Jonas II § 732 S. 50.

[90]) Förster-Kann II § 732 S. 490.

[91]) Hellwig-Oertmann II § 288 S. 205, Kleinfeller § 116 S. 618, Seuffert § 793 S. 427, Hein II S. 9, Graßhof in D.J.Z. 1928 Sp. 1262.

[92]) Stein-Jonas § 732 S. 509.

[93]) Förster-Kann § 732 S. 491.

teilung der vollstreckbaren Ausfertigung nur eine einfache Beschwerde geben, weil die Klauselerteilung keinen Teil des Vollstreckungsverfahrens bilde. Ihrer Ansicht ist schon im vorigen Paragraphen entgegengetreten worden, es wird daher auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

Neben den Einwendungen des § 732 ZPO. steht dem Schuldner nach § 768 ZPO. die Klage zu, wenn er in den Fällen, in denen die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung auf Anordnung des Vorsitzenden zu erfolgen hat, den bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel als bewiesen angenommenen Eintritt der Voraussetzung für die Erteilung der Vollstreckungsklausel bestreitet. Andere Einreden gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel können vom Schuldner im Wege der Klage nicht geltend gemacht werden; dazu ist ihm nur der Weg der Einwendungen nach § 732 ZPO. gegeben. Vor der endgültigen Entscheidung der Klage kann auch hier das Gericht nach § 769 ZPO. bezüglich der Vollstreckung eine einstweilige Anordnung treffen; für diese gilt das oben Ausgeführte entsprechend. Zuständig für die Klage ist gemäß §§ 768, 767 Abs. 1 ZPO. grundsätzlich das Prozeßgericht erster Instanz, bei Vollstreckungsbefehlen aber nach § 796 Abs. 3 ZPO. das Amtsgericht, dessen Urkundsbeamter den Vollstreckungsbefehl erlassen hat, bezw. das zuständige Landgericht und bei vollstreckbaren Urkunden nach § 797 Abs. 5 ZPO. das Gericht, bei welchem der Schuldner im Deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand oder in Ermangelung eines solchen seinen Gerichtsstand des Vermögens — § 23 ZPO. — hat.

Weitere Rechtsbehelfe als die Einwendungen und die Klage hat der Schuldner gegen die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung nicht. Insbesondere steht ihm nicht die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO. zu, weil der § 732 ZPO. ihm gegenüber als lex specialis anzusehen ist.

Teil IV.

Die weitere vollstreckbare Ausfertigung.

Die gesetzliche Grundlage der weiteren vollstreckbaren Ausfertigung bildet der § 733 ZPO. Dieser enthält allerdings nur Vorschriften über das bei der Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung zu beobachtende Verfahren.

Die Bedeutung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung ist die gleiche wie die einer einfachen, nämlich Trägerin des Vollstreckungsverfahrens zu sein. Diese Bedeutung kommt der weiteren vollstreckbaren Ausfertigung allein zu, wenn die vor ihr erteilte Ausfertigung oder erteilten Ausfertigungen für die Durchführung des Vollstreckungsverfahrens nicht mehr geeignet sind. Sie teilt sich mit anderen weiteren vollstreckbaren Ausfertigungen in dieser Bedeutung, wenn zu gleicher Zeit mehrere für sich zur Durchführung des Vollstreckungsverfahrens geeignete weitere vollstreckbare Ausfertigungen erteilt werden, sei es, weil das Urteil auf verschiedenen Wegen oder an verschiedenen Orten vollstreckt werden muß. Es repräsentiert dann jede einzelne weitere vollstreckbare Ausfertigung die Verkörperung des Vollstreckungsanspruches. Trägerin des Vollstreckungsverfahrens aber ist die Gesamtheit der vollstreckbaren Ausfertigungen. Es ist zwischen ihnen ein ähnliches Verhältnis wie bei den Wechselduplikaten, bei denen auch die mehreren Duplikate Trägerin ein und desselben Wechselanspruches sind. Es folgt hieraus, daß, wenn auf Grund einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung die Zwangsvollstreckung betrieben ist, die übrigen die Fähigkeit verlieren, nochmals die Durchführung der Zwangsvollstreckung zu ermöglichen.

Der wichtigste Fall der Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung ist der des Verlustes der dem Gläubiger erteilten vollstreckbaren Ausfertigung. Erteilt ist die vollstreckbare Ausfertigung erst dann, wenn sie in seine Hände gelangt ist. Stein-Jonas,[1]) Förster-Kann[2]) und Schultz[3]) wollen mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 734 ZPO. als Zeitpunkt der Erteilung das Ausderhandgeben der Ausfertigung seitens des Urkundsbeamten ansehen und kommen so zu

[1]) Stein-Jonas II § 733 S. 511.
[2]) Förster-Kann III § 733 S. 492.
[3]) Schultz in J.W. 1921 Sp. 1260/1261.

dem Ergebnis, daß der § 733 ZPO. Anwendung finden müsse, wenn die von dem Urkundsbeamten aus der Hand gegebene, z. B. mit der Post abgesandte Ausfertigung nicht in die Hände des Gläubigers gelangt. M. E. ist diese Auffassung nicht richtig. Wenn auch einerseits die Ausdrücke „vor der Aushändigung" und „erteilt ist" für sie zu sprechen scheint, so ist aber andererseits zu berücksichtigen, daß begrifflich zur Erteilung einer Sache das Übergehen in den Besitz dessen, dem sie erteilt wird, gehört. Der Erteilungsvermerk, der vom Urkundsbeamten, bevor er die vollstreckbare Ausfertigung aus der Hand gibt, auf die Urteilsurschrift nach § 733 ZPO. gesetzt wird, erfolgt unter der Voraussetzung, daß die vollstreckbare Ausfertigung auch tatsächlich dem Gläubiger zugeht, stellt also eine Vorwegnahme dar. Es ist somit der § 733 ZPO. auf den bezeichneten Fall nicht anwendbar.

Streitig ist auch, ob der Gläubiger eine weitere vollstreckbare Ausfertigung verlangen kann, wenn die vollstreckbare Ausfertigung dem Schuldner gemäß § 755 ZPO. nach Empfang der Leistung ausgehändigt, die empfangene Leistung aber dem Gläubiger von dritter Seite wieder entzogen ist. Stein-Jonas [4]) und das Oberlandesgericht Königsberg [5]) halten dies für zulässig, weil durch eine einmalige Vollstreckung keine „Konsumtion" der Urteilswirkung eintrete. Auf dem gegenteiligen Standpunkt stehen Förster-Kann [6]) und das Oberlandesgericht Hamburg. [7]) Dieser letzteren Ansicht wird beigetreten. Nicht auf die gesamten Urteilswirkungen kommt es an, sondern allein auf die Vollstreckbarkeitswirkung. In Bezug auf diese werden die Urteilswirkungen durch die durchgeführte Zwangsvollstreckung konsumiert, mögen sie im übrigen auch von Bestand bleiben. Auch praktische Erwägungen müssen zu diesem Ergebnis führen. Der Gerichtsvollzieher wird auf Grund einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung gegen den Schuldner, der sich als Besitzer der einfachen vollstreckbaren Ausfertigung legitimieren kann, kaum zur Zwangsvollstreckung schreiten, da er nicht nachzuprüfen in der Lage ist, ob dem Gläubiger die empfangene Leistung wieder entzogen ist, sondern der muß grundsätzlich damit rechnen, daß der im Besitze der einfachen vollstreckbaren Ausfertigung befindliche Schuldner seiner Pflicht genügt hat.

Zuständig zur Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung ist, wenn die erteilte Ausfertigung zurückgegeben wird, der Urkunds-

---

[4]) Stein-Jonas II § 733 S. 511.
[5]) O.L.G.E. Bd. 42 S. 32 vom 19. April 1921.
[6]) Förster-Kann III § 733 S. 493.
[7]) Seuff. Bd. 65 S. 478 vom 18. Juni 1910.

beamte des Prozeßgerichts. Ihre Begrenzung findet die Möglichkeit der Zurückgabe der erteilten vollstreckbaren Ausfertigung und des Verlangens einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung in dem Bedürfnis nach einer weiteren.[8]) Es würde ein Unding sein, dem Gläubiger das Recht zuzusprechen, bei Rückgabe der erteilten vollstreckbaren Ausfertigung ohne vernünftigen Grund jederzeit eine weitere vollstreckbare Ausfertigung verlangen zu können. Wird die vollstreckbare Ausfertigung nicht zurückgegeben, so darf eine weitere vollstreckbare Ausfertigung nur auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden. Bezüglich der Anordnung gilt mit geringen Ausnahmen dasselbe wie in Teil III ausgeführt. Da die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung ohne Rückgabe der erteilten für den Schuldner mit der Gefahr einer mehrmaligen Vollstreckung verbunden ist, hat der Vorsitzende des Gerichts vor der Anordnung genau zu prüfen, ob die weitere vollstreckbare Ausfertigung ohne Gefährdung des Schuldners erteilt werden kann. Zu diesem Zwecke ist in § 733 Abs. 2 und 3 ZPO. die Anhörung des Schuldners vor der Anordnung fakultativ vorgesehen und die Mitteilung von der Erteilung der weiteren vollstreckbaren Ausfertigung an den Schuldner, wenn die Entscheidung über die Anordnung nicht verkündet ist, zwingend vorgeschrieben.

Bei vollstreckbaren Urkunden trifft die nach § 733 ZPO. erforderliche Anordnung über die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung nach § 797 Abs. 3 ZPO. das Gericht, das die Urkunde verwahrt bzw. das Amtsgericht, in dessen Bezirk der die Urkunde verwahrende Notar oder die betreffende Behörde ihren Sitz hat.

Die weitere vollstreckbare Ausfertigung ist als solche ausdrücklich unter der Erwähnung der Entscheidung über die Anordnung zu bezeichnen.

Eine Ersetzung der Anordnung des Vorsitzenden durch eine Klage gemäß § 731 ZPO. ist nicht zulässig. Weismann[9]) hält zwar die analoge Anwendung von § 731 ZPO. für geboten. Diese Ansicht aber ist unrichtig. Gegenstand der Klage aus § 731 ZPO. ist die Feststellung der Vollstreckbarkeit des Urteils, aus dem die Zwangsvollstreckung betrieben werden soll. Gesetzt den Fall, es ist die einfache vollstreckbare Ausfertigung auf Grund einer Klage nach § 731 ZPO. erteilt worden, so müßte, wenn man auch bei der Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung eine Klage nach § 731 ZPO. zulassen würde, Gegenstand dieser Klage wiederum die Feststellung der Vollstreckbarkeit des Urteils sein, aus dem die Zwangsvollstreckung

[8]) Stein-Jonas II § 733 S. 510.
[9]) Weismann § 131 S. 49.

betrieben werden soll. Für ein solches Verfahren, das eine Wiederholung darstellen würde, fehlt jegliches Rechtsschutzinteresse. Eine Ausdehnung der Geltung des § 731 ZPO. über die dort bezeichneten Fälle hinaus ist somit nicht geboten.[10])

Vom Vollstreckungsbefehl kann eine weitere vollstreckbare Ausfertigung nur erteilt werden, wenn der Zahlungsbefehl, auf den nach § 698 ZPO. der Vollstreckungsbefehl gesetzt ist, bei den Gerichtsakten bleibt. Wenn aber wie in Preußen, Bayern, Württemberg die Urschrift des Zahlungsbefehls, versehen mit dem Vollstreckungsbefehl, dem Gläubiger ausgehändigt wird, ist die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung unmöglich. Der Gläubiger kann nur ein neues Mahnverfahren einleiten, wenn der ihm ausgehändigte Zahlungsbefehl verloren geht.

[10]) O.L.G. Marienwerder in O.L.G.E. Bd. 10, S. 395 v. 17. März 1905.

Lebenslauf.

Ich, Louis Wilhelms, Sohn des Lehrers Ludwig Wilhelms und seiner Ehefrau Sophie geb. Dunker in Heiligenhagen i. M., wurde am 26. Mai 1905 in Warnkenhagen i. M. geboren. Meine Schulausbildung erhielt ich zunächst in der Schule meines Vaters. Ostern 1915 kam ich auf das Gymnasium zu Rostock. Nach bestandener Reifeprüfung, Ostern 1924, widmete ich mich dem Studium der Rechte. Ich studierte zunächst in Rostock, später in Wien und dann wieder in Rostock. Hier bestand ich am 19. März 1928 vor dem Prüfungsausschuß beim Landgerichte Rostock das Referendar-Examen. Seit dem 30. März 1928 bin ich im Vorbereitungsdienst auf die zweite juristische Staatsprüfung.